

DAS MARKENRECHTLICHE WARENVERZEICHNIS UND DER TECHNISCHE FORTSCHRITT

Inaugural - Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
dem
Fachbereich Rechtswissenschaften
der Philipps - Universität zu Marburg

vorgelegt von

Dr. Arno Heckmann
Rechtsanwalt aus Bochum

Marburg
1982

A. Einleitung

1. Die Aufgabenstellung

Der Gegenstand dieser Abhandlung ist das Verhältnis des technischen Fortschritts zum Warenverzeichnis des Warenzeichenrechts. Es soll untersucht werden, wie sich eine unaufhaltsam fortschreitende technische Entwicklung, der die im Warenverzeichnis eines Warenzeichens eingetragene Ware ausgesetzt ist, auf deren zeichenrechtlichen Schutz auswirkt. Zu beantworten sein wird die Frage, ob - und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen - die durch den technischen Fortschritt veränderte oder sogar neu geschaffene Ware (noch) von der Warenangabe im Warenverzeichnis gedeckt und damit durch das vorhandene Warenzeichen geschützt ist.

Diese Beziehung zwischen dem technischen Fortschritt und dem Warenverzeichnis mag ein Beispiel verdeutlichen: Eine Seifen- und Waschmittelherstellerin hat im Jahre 1903 - den damaligen Fabrikationsmöglichkeiten entsprechend - das Warenzeichen "Sauberweise" für die Waren "Soda und Bleichsoda", "Wäschesteife", "Seifenpräparate für Waschwäsche in harter, weicher, flüssiger und gepulverter Form", "Bimssteinpräparate für Waschwäsche" und "Waschblau" eintragen lassen.

Diese Waren wurden seinerzeit zur Pflege der Wäsche benötigt. An ihre Stelle ist dank der modernen Chemie ein "Vollwaschmittel" getreten. Heute besteht die Ungewißheit, ob das neue Produkt den Schutz der Marke "Sauberweise" beanspruchen kann. Die bei der Anmeldung des Zeichens als ihm zugehörig eingetragene Ware hat sich als Folge des technischen Fortschritts verändert. Das Warenverzeichnis kann diesem technisch bedingten Wandel nicht folgen. Zwischen seiner fort-dauernden Warenangabe und dem tatsächlich angebotenen Produkt besteht ein Abstand, der die Weitergeltung der Marke in Frage stellen kann.

Da sich die Untersuchungen nicht mit einer Abwandlung des Warenzeichens, sondern mit einer Veränderung der zu zeichnenden Ware befassen, gelten die folgenden Ausführungen gleichermaßen für Wortzeichen, für Bildzeichen sowie für kombinierte Wort-Bildzeichen.

Nicht eine Reform des Warenzeichengesetzes wird erwogen. Ein Lösungsvorschlag hat sich daher innerhalb des vorgegebenen gesetzlichen Rahmens und der rechtlichen Zuordnungsmöglichkeiten zu halten.



II. Der Gang der Untersuchungen

Die thematische Ausgangsposition des Warenverzeichnisses erfordert ein Eingehen auf seine Bedeutung für den Zeichenschutz. Der an sich unjuristische Begriff des technischen Fortschritts ist gemäß der Zielrichtung dieser Arbeit einzugrenzen. Der technische Fortschritt stellt ein interdisziplinäres Ereignis dar. Hilferklärungen und Entlehnungen aus den Bereichen der Technik und der Wirtschaftswissenschaft dienen seinem besseren Verständnis.

Das Problem der Arbeit zeigt sich, wie bereits kurz angedeutet, in ungünstigen Folgen für den Zeicheninhaber; der Einfluß des technischen Fortschritts auf das Warenverzeichnis kann ihm Schwierigkeiten bereiten, die bis zum Verlust seines Zeichenbesitzstandes reichen (B. III). Ein Blick auf die Rechtsordnungen anderer Staaten soll das Problem verdeutlichen (B. IV).

Sodann sind die spärliche Rechtsprechung und ein überwiegend mit Randfragen befaßtes Schrifttum zu behandeln (C.).

Es soll eine Lösung gefunden werden, die dem Zeicheninhaber, stellt sich ihm die Frage einer Weiterbenutzung seines Zeichen für die technisch fortentwickelte Ware, eine Entscheidungshilfe bieten kann (D.).

Da sich die Einwirkung des technischen Fortschritts auf das Warenverzeichnis konkret über die in ihm eingetragene Ware vollzieht, ist dem Begriff der Ware eine zentrale Stellung beizumessen. Sie bildet den Berührungspunkt zwischen den Neuheiten des Fortschritts und dem vorhandenen Warenverzeichnis. Daher wird zu prüfen sein, ob die eingetragene Ware eine Bezugsgröße für eine gesicherte Einordnung der Schöpfungen des technischen Fortschritts in den vom Warenverzeichnis umschriebenen Schutzbereich eines Zeichens sein kann. Eine Konzeption muß praktikabel sein.

Schließlich ist darzulegen, ob eine Lösung "interessengemäß" ist; ein durch den technischen Fortschritt erweiterter Gebrauch eines Warenzeichens hat die beteiligten widerstreitenden Belange der Mitbewerber als auch der Verbraucher zu beachten (E.). Es wird zu untersuchen sein, ob die Ausübung des Warenzeichenrechts einer Sozialbindung unterliegt.

B. DAS PROBLEM

I. Die Aufgaben des Warenverzeichnisses

Die vorerwähnte Fragestellung gebietet, in der themabedingt knappen Darstellung des Warenverzeichnisses auf die eingetragene Ware abzuheben. Durch ihre Aufnahme in das zum Warenzeichen gehörende Warenverzeichnis wird die Ware der zeichenrechtlichen Zuständigkeit und Kennzeichnungsmacht der Marke unterstellt. Die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen (Ziff. 1.) leiten zu der Frage über, ob die im Warenverzeichnis ausgewiesene, mit dem Zeichen versehen im Verkehr befindliche Ware dessen eigentliches Schutzobjekt ist (Ziff. 2.).

1. Die Bedeutung des Warenverzeichnisses für den Zeichenschutz

Jeder Anmeldung eines Warenzeichens zur Eintragung in die beim Deutschen Patentamt geführte Warenzeichenrolle ist ein "Verzeichnis der Waren, für die es bestimmt ist", beizufügen (§2 Abs. 1 Satz 3 WZG).¹ Dieser Definition des Waren-

¹ Übereinstimmend damit schreibt Ziffer 2.1 des Merkblattes für Warenzeichenanmelder vor, daß im Warenverzeichnis diejenigen vom Geschäftsbetrieb des Anmelders umfaßten Waren aufzuführen sind, für die das angemeldete Zeichen bestimmt ist.

verzeichnisses ist zu entnehmen, daß sich der zeichenrechtliche Schutz auf die im Warenverzeichnis eingetragenen Waren beschränkt.² Das Warenverzeichnis muß im einzelnen diejenigen Waren enthalten, die das Zeichen tragen sollen.³

Als ein Anmeldeerfordernis für den hoheitlichen Schutz einer Marke hat das Warenverzeichnis einen formellen Wert.⁴ Darüber hinaus besitzt es eine materiell-rechtliche Bedeutung für den Umfang des Zeichenschutzes:⁵ Der Zeichenschutz gewährt sowohl ein p o s i t i v e s B e n u t - z u n g s r e c h t als auch ein n e g a - t i v e s V e r b i e t u n g s r e c h t. Diese zwei Befugnisse sind wegen ihrer Bedeutung für unsere Arbeit in ihren unterschiedlichen Kompetenzen zu erschließen.

Das Zeichenrecht verleiht dem Inhaber in erster Linie die alleinige Befugnis, die im Warenverzeichnis angegebenen Waren (oder ihre Verpackung oder Umhüllung) mit dem Warenzeichen auszustatten

2 Baumbach-Hefermehl, § 2 Rdn. 16
Busse, § 2 Rdn. 8

3 Storkebaum-Graf-Klock, § 2 WZG Rdn. 22

4 Vgl. Gottschalk, Die Bedeutung des Warenverzeichnisses und Grundsätze für seine Abfassung in Warenzeichen-Anmeldungen, Bl. 1952, 281, 282

5 RGZ 104, 162, 169: "... des den Schutzbereich bestimmenden Warenverzeichnisses ..."

und in den Verkehr zu bringen sowie das Zeichen auf Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefen, Empfehlungen und Rechnungen zu veröffentlichen (§ 15 Abs. 1 WZG).

Außer diesem positiven Benutzungsrecht gibt das Zeichen seinem Inhaber ein gegen jedermann wirkendes Ausschließungsrecht, das anderen die Benutzung des Zeichens untersagt.⁶ Das Verbotungsrecht bedarf einer Erläuterung; es richtet sich gegen fremde Waren, die den eigenen gleich oder auch nur gleichartig sind (§§ 5 Abs. 4, 11 Abs. 1 Nr. 1 WZG).⁷ Da das negative Verbotungsrecht auch die mit den eigenen Waren gleichartigen fremden Waren betrifft, ist es in seinem Schutzbereich größer als das sich auf die eingetragenen Waren beschränkende positive Benutzungsrecht.

Den im Gesetz nicht bestimmten Begriff der Waren- gleichartigkeit hat die Rechtsprechung umschrieben:

"Waren sind gleichartig, wenn sie nach ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und ihrer Verwendungsweise, nach ihrer Beschaffenheit und Herstellung, insbesondere hinsichtlich ihrer regelmäßigen Herstellungs- oder Verkaufsstätten so enge Berührungspunkte miteinander haben, daß nach der Auffassung der beteiligten Verkehrskreise der Schluß naheliegt, die Waren stammten aus demselben Geschäftsbetrieb."⁸

6 BVerfG Urteil vom 22.5.1979, GRUR 1979, 773, 778

7 Woesler, Warengleichartigkeit, GRUR 1971, 287

8 BGHZ 19, 23, 25; 52, 337, 338

BGH GRUR 1954, 123; 1970, 80; 1970. 302, 303;
1976, 698

Diese Formel hat von den in den Verzeichnissen der sich gegenüberstehenden Zeichen eingetragenen Waren auszugehen. Somit ist die Ware ein Entscheidungskriterium für das Feststellen des negativen Verbotungsrechts. Diesen Schutzbereich eines Zeichens bestimmt allerdings nicht allein die Gleichartigkeit der beiderseitigen Waren. Daneben ist die Verwechslungsgefahr⁹ der zu vergleichenden Warenzeichen erheblich. Der Abwehrschutz soll sich nach einer Meinung überhaupt danach bemessen, inwieweit im Hinblick auf ein sich annäherndes Zeichen eine Verwechslungsgefahr erkennbar ist.¹⁰

Hefermehl¹¹ erklärt, daß der Schutz einer Warenkennzeichnung außer durch die Verwechslungsgefahr durch die Gleichartigkeit der beiderseitigen Waren absolut begrenzt werde. Die Aufgabe einer Marke ist es, die Waren eines Unternehmers vor gleichen oder gleichartigen Waren eines anderen Unternehmers zu schützen. Maßgebend für den Schutzzumfang des Warenzeichens sind das Ausmaß der Warengleichartigkeit und die Gefahr einer Verwechslung im Verkehr.¹² Die sich am Wareneintrag orientierende Warengleichartigkeit und die

9 Die verschiedenen Arten der Verwechslungsgefahr können im Rahmen dieser Arbeit nicht behandelt werden.

10 Vierhellig, Grenzen der Maßgeblichkeit der Verkehrsauffassung, Seite 81

11 Baumbach-Hefermehl, § 31 WZG Rdn. 6

12 Krieger, Das Warenzeichen als Eigentumsrecht, GRUR 1980, 335, 339

Verwechslungsgefahr sind indes nicht gleichwertig. Im Kollisionsfalle erfolgt zunächst eine Prüfung der Warengleichartigkeit, indem die Warenverzeichnisse der streitenden Zeichen miteinander verglichen werden. Sind die Waren nicht gleichartig, erübrigt sich die zweite Frage, ob eine Verwechslung der Zeichen zu besorgen ist.¹³

Mithin bestimmt die eingetragene Ware vorrangig den negativen Schutzzumfang des Zeichens. Allerdings kann der Bereich der Warengleichartigkeit fließend sein. Das hat seinen Grund in einem Wandel der Verkehrsauffassung oder in einer Änderung der Rechtsprechung. Unter Umständen wird der Schutzzumfang eines Zeichens erst im Verletzungsprozeß endgültig festgestellt.¹⁴ Die Mög-

13 Baumbach-Hefermehl, § 31 WZG Rdn. 17: "Die Verwechslungsgefahr setzt eine Warengleichartigkeit voraus, nicht aber umgekehrt"

14 Winkler, Probleme der Schutzrechtsverwarnung, GRUR 1980, 526, weist darauf hin, daß viele Schutzrechte einen kleineren Schutzbereich als angenommen haben und daß diese Rechtslage oft erst nach Jahren aufgrund von Prozessen zutage tritt.

Krieger, Das Warenzeichen als Eigentumsrecht, a. a. O., deutet an, daß auch der Gesetzgeber in die Beurteilung des Schutzzumfanges eingetragener Warenzeichen eingreifen, insbesondere strengere Maßstäbe setzen kann.

lichkeit, daß der Abwehranspruch eines Warenzeichens nicht stets genau vorherbestimmbar ist, verringert nicht die Maßgeblichkeit der im Warenverzeichnis eingetragenen Ware.

Dieses negative Verbotungsrecht des Markeninhabers besteht neben seinem oben erwähnten positiven Benutzungsrecht. Für die späteren Untersuchungen ist festzustellen, daß es zwei in Ziel und Umfang voneinander abweichende Zeichenschutzrechte gibt. Diese Dualität beherrscht die Überprüfung des Instituts der Warengleichartigkeit auf seine Fähigkeit zur Bewältigung unseres Problems.¹⁵

Es wird zu befinden sein, welches beider Rechte für unsere Aufgabe klärend und richtungsweisend sein kann.

2. Die Bindung des Warenzeichens an die im Warenverzeichnis angegebene Ware

Eine Ware im Sinne des Warenzeichenrechts ist eine bewegliche körperliche Sache¹⁶, die aus einem Unternehmen im Bereich der Gütererzeugung (oder des Handels) in den wirtschaftlichen Verkehr

¹⁵ Seite 40 ff.

¹⁶ Unter "Ware" i.S. des § 1 der Preisangabenverordnung versteht das Wettbewerbsrecht hingegen auch Immobilien (KG, WRP 1980, 414, 694)

gebracht wird.¹⁷ Damit übernimmt das Zeichenrecht den handelsrechtlichen Warenbegriff. Nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB sind Waren bewegliche (gemäß § 90 BGB körperliche) Sachen, die eine selbständige Einheit des Handelsverkehrs bilden.

Die Bedeutung der Ware im Zeichenrecht läßt die Streitfrage entstehen, ob ein Warenzeichen mehr die Firma seines Inhabers oder überwiegend die im Verkehr eingesetzte Ware kennzeichnet.

Im Hinblick auf eine Kennzeichnung des Unternehmens ist zu bemerken, daß der Eigentümer des zur Ware gehörenden Geschäftsbetriebes vielfach wechselt. Das kann durch Umwandlung oder Veräußerung des Geschäftes sowie durch Übertragung oder Lizenzvergabe des Warenzeichens geschehen. Die Markierung der Ware wird durch diese Vorgänge nicht berührt. Häufig tritt der Markeninhaber nicht einmal in Erscheinung.¹⁸

17 BGH Bl. 74, 289, 290, linke Spalte

BPatGE 13, 229, 232

Althammer, § 1 Rdn. 7

Busse, § 1 Rdn. 18

Baumbach-Hefermehl, § 1 WZG Rdn. 20

18 Spoendlin, Das Markenrecht im Lichte der schutzwürdigen Interessen, Seite 14, bemerkt, daß der Geschäftsbetrieb oft anonym bleibt, daher vom Publikum nicht erkannt wird.

Diese Umstände sprechen dafür, die Warenkennzeichnungsfunktion des Zeichens als seine vordringliche Aufgabe anzuerkennen. Das Zeichen haftet der im Warenverzeichnis ein für allemal ausgewiesenen Ware an. Der Wareneintrag ist unveränderbar, und zwar ungeachtet der technischen Weiterentwicklung. Der Rechtsgedanke der Klausel "rebus sic stantibus et ceteris paribus" läßt sich auf die im Warenverzeichnis eingetragene Ware nicht anwenden. Sie wird zwar durch ihre Aufnahme in das Warenverzeichnis dem besonderen zeichenrechtlichen Schutz unterstellt. Das isoliert sie jedoch nicht gegenüber ihrer technischen und wirtschaftlichen Umwelt. Das Warenzeichenrecht schützt - im Unterschied zum Patentrecht - nicht die Ware selbst. Es gewährt den ausschließlichen Gebrauch eines Kennzeichens für die Ware. Diese bleibt ein Bestandteil eines weltweiten, über nationale Grenzen reichenden Güter-Produktionsstromes. Die Ware unterliegt den jeweils neuen Erkenntnissen der Technik. In ihren Geschäftsbedingungen behalten sich daher Produzenten bei der Lieferung Änderungen der Ware vor, die durch den technischen Fortschritt bedingt sind.

Hingegen ist eine Änderung des Warenverzeichnisses nach der Anmeldung beim Patentamt allenfalls im Wege der Einschränkung durch Löschung oder Teil-

löschung, nicht aber in Form einer Erweiterung möglich.¹⁹ Es gilt der Grundsatz einer zeitlich unbefristeten Irrevisibilität des Eintrages ab Anmeldung. Eine mögliche spätere Beschränkung des Warenverzeichnisses durch Streichung bestimmter Waren steht dem nicht entgegen. Dabei handelt es sich um einen Teilverzicht auf ein Recht, der, da keine Drittrechte verletzt werden, zulässig ist. Auch kann die im Warenverzeichnis festgeschriebene Ware nicht gegen eine andere ausgetauscht werden. Denn mit der Anmeldung und Eintragung einer bestimmten Ware wird der öffentlich-rechtliche Schutz des Zeichens für diese Ware, aber auch nur für diese Ware begründet. Der Eintrag gewährt dem Unternehmer ein gegen die Waren seiner Mitbewerber wirkendes Ausschließungsrecht. Gerade mit Rücksicht auf die Vielzahl der Konkurrenzprodukte muß sich der durch das Register verlaubliche Schutz auf die in ihm ausgewiesene Ware beschränken.

Ein "Auswechseln" der Produkte kann lediglich im Wege einer Neuanschmeldung erfolgen. Selbstverständlich kann das alte Zeichen für ein an die Stelle der bisherigen Ware tretendes Erzeugnis neu angemeldet werden. Der unzulässige Austausch der eingetragenen Ware durch eine andere würde wegen der zwangsläufigen Rückwirkung auf das Anmelde datum

¹⁹ Busse, § 9 WZG Rd. 8
Althammer, § 3 WZG Rdn. 5
Baumbach-Hefermehl, § 3 WZG Rdn. 4

der ursprünglichen Ware zu Störungen des Marktes führen; die Konkurrenten haben sich auf den Inhalt des geschützten Warenverzeichnisses eingestellt und ihre eigenen wirtschaftlichen und zeichenrechtlichen Aktivitäten entsprechend eingerichtet. An den Fortbestand des ursprünglichen Geschäftsbetriebes ist die Ware indes nicht gebunden. Das zeigen die genannten Möglichkeiten eines Unternehmenswechsels, die den Zusammenhalt Zeichen - Ware nicht mindern.²⁰

Das Gesetz geht in § 8 Abs. 1 Satz 2 WZG von der Zugehörigkeit des Zeichens zu einem bestimmten Unternehmen aus. Danach könnte das Zeichenrecht nur mit dem Geschäftsbetrieb oder einem Teil des Geschäftsbetriebes, zu dem es gehört, auf einen anderen übergehen. Dieser gesetzlichen Forderung entspricht bei einer Übertragung der Firma die Bestimmung des § 23 HGB, die ein Auseinanderfallen von Handelsgeschäft und seiner Kennzeichnung verhindern will.²¹ Die zeichenrechtliche Regelung ist in der Praxis ausgehöhlt. Sie bezweckt die Kennzeichnung der Ware, nicht des Unternehmens. Die Übertragung des Geschäftsbetriebes erfolgt zumeist nur "symbolisch", indem Rezepturen, Kundenkarteien oder ähnliche "Teile des Geschäfts"

20 Bei der Eintragung eines Rechtsnachfolgers des Zeicheninhabers erhält die Rolle den Vermerk: "umgeschrieben auf ..."

21 Baumbach-Duden, § 23 HGB Anm. 1/ A.

zusammen mit dem Zeichen übertragen werden. Jeder Übergang in einem wirtschaftlichen Sinne, etwa durch Übergabe persönlicher oder sachlicher Unterlagen, genügt.²² Der Geschäftsinhaber im Sinne des Warenzeichenrechts und der Zeicheninhaber sind daher mit Sicherheit nur im Zeitpunkt der Zeicheneintragung identisch. Später stimmen sie nicht zwingend überein.

Die von der Rechtsprechung und dem Patentamt beim Wechsel des Zeicheninhabers hingenommene Handhabung läßt es daher als zweifelhaft erscheinen, ob die vielfach angenommene Herkunftsfunktion²³ des Warenzeichens gegenüber seiner Warenkennzeichnungsfunktion den Vorzug verdient.

22 Busse, § 8 WZG Rdn. 6

23 Pinzger, 2. Aufl., (1937), S. 18: Das Warenzeichen ist das erkennbare Merkmal für die Herkunft aus einem bestimmten Geschäftsbetrieb.

Hayens, (1927), S. 34: Das Warenzeichen ist wie die Firma eine Herkunftsbezeichnung.

Becher, (1931), S. 26: Das Warenzeichen kennzeichnet die Herkunft aus einem bestimmten Geschäftsbetrieb.

Reimer, 3. Aufl. (1954), S. 13: Das unterscheidungsfähige Zeichen weist auf die Herkunft aus einem bestimmten Geschäftsbetrieb hin.

Althammer, Warenzeichengesetz, 2. Aufl., S. 7, stellt auf die Herkunftsfunktion des Warenzeichens ab, indem er ausführt, das Zeichen habe die Ware nach ihrer Herkunft, nicht nach ihrer Art oder Gattung unterscheidbar zu machen.

Im Schrifttum tritt Oppenhoff²⁴ dafür ein, den Begriff der Herkunftsfunktion der Marke gänzlich aufzugeben. Die Verbindung von Zeichen und Ware sieht er als das Wesentliche an. Sie bildet die Warenunterscheidungsfunktion des Zeichens. Ähnlich erklärt Schluep²⁵, daß die Marke der Unterscheidung der Produkte diene. Nach Heydt²⁶ kennzeichnet die Marke²⁷ die individuelle Eigenart der Ware; er nennt diese Aufgabe die *S o r t e n - f u n k t i o n* des Zeichens. Tilmann²⁸ spricht von einer neuen Dimension des Warenzeichenrechts. Er qualifiziert das Warenzeichen als ein Identifizierungsmittel für die Ware. Eyer²⁹ bezeichnet die Ware unter Berufung auf den sich aus § 1 WZG ergebenden Sinn des Warenzeichenrechts schlechthin als das Objekt des Zeichenrechts. Von Gamm³⁰ weist darauf hin, daß in der Rechtsprechung der Gesichtspunkt der Warenunterscheidung für die Ausübung des Zeichenrechts an Bedeutung gewinnt.

24 Oppenhoff, Wandel der Marktrechtskonzeption?
Grur Int. 1973, 433

25 Schluep, Das Markenrecht, S. 68

26 Heydt, Festschrift für Hefermehl, 1971, S. 59;
Grur 1976, 501, 506

27 So bereits Finger, 3. Aufl. (1926), S. 15,
16, der die Warenkennzeichnungsfunktion des
Zeichens betonte.

28 Tilmann, Grur 1977, 446, 452, 453

29 Eyer, Warenzeichenrecht, S. 258

30 Von Gamm, Der zeichenrechtliche Benutzungszwang, GRUR 1980, 390. 391

In Folge dieses Auffassungswandels sieht das neuere Schrifttum den Zweck einer Marke nahezu ausschließlich in der Kennzeichnung der Ware. Es bewertet die Ware, der in dieser Arbeit eine Schlüsselstellung zukommt, höher als den Geschäftsbetrieb des Inhabers. Die gehandelte Ware gegenüber konkurrierenden Warenangeboten unterscheidbar herauszuheben und erforderlichenfalls zu verteidigen, ist die vornehmste Aufgabe des Zeichens. Diese Warenunterscheidungs- und -verteidigungsfunktion bezieht sich auf die im Verzeichnis angegebene Ware.

Das Warenverzeichnis ist das Bindeglied zwischen dem im Zeichen verkörperten Rechtsschutz und der gekennzeichneten Ware. Die Marke kann als ein Publizitätsmittel nur diejenige Ware gegenüber anderen Waren kennzeichnend hervorheben, welche das Warenverzeichnis ausweist. Durch die eingetragene Ware manifestiert sich das Zeichen; sie ist das Medium des Zeichens. Ohne die am Markt eingesetzte Ware ist das Zeichen leblos. Nicht benutzte Zeichen sind löschungsreif (§ 11 Abs. 1 Nr. 4 WZG).³¹

Die enge Bindung des Warenzeichens an die in seinem Verzeichnis eingetragene Ware³² wird besonders deutlich, wenn die Ware mittels neuer Techniken verändert

³¹ Vgl. auch § 5 Abs. 7 WZG für das Widerspruchsverfahren.

³² Vgl. Tetzner, S. 126

oder durch eine fortentwickelte Ware verdrängt wird.³³

Dann stellt sich die Frage: Besteht zwischen der Ware des technischen Fortschritts und dem durch das unveränderbare Warenverzeichnis vorgegebenen Zeichenschutz weiter der notwendige Sachzusammenhang, der die zeichenrechtliche Begünstigung des Inhabers rechtfertigt? Die Marke ist ein Kennzeichen, das der Erkenntnis von Sachverhalten dient, die sich auf die Ware als Objekt beziehen. Ändert sich das im Warenverzeichnis unlösbar verwurzelte Zeichenobjekt durch den technischen Wandel im Zeitablauf, ist es fraglich, ob es die durch das Zeichen vermittelte Charakterisierung und Unterscheidbarkeit beibehält. Das Zeichen wird auf der eingetragenen Ware als ein individualisierendes Kennzeichen angebracht. Ist die Individualität der Ware infolge des technischen Fortschritts nicht mehr vorhanden, entsteht die Frage, ob die

33 Pfeiffer, Werner, Allgemeine Theorie der technischen Entwicklung als Grundlage einer Planung und Prognose des technischen Fortschritts, S. 13, Fußnote 12: Das Verhältnis von neu herausgebrachten zu gestrichenen Waren betrug bei der BASF im Jahre 1961 1 (neu) :2, im Jahre 1962 1:1 und im Jahre 1963 2:1. Der Fortfall von Produkten bestand jeweils in dreistelligen Zahlen.

Kennzeichnungskraft des Zeichens endet. Das Bemühen um eine Anpassung an veränderte tatsächliche Verhältnisse hat die durch den Eintrag im Warenverzeichnis vorgezeichnete Individualität des Zeichenträgers zu beachten und zu wahren.

II. Der technische Fortschritt

Um den Einfluß des technischen Fortschritts auf das Warenverzeichnis beurteilen zu können, ist eine Definition jenes Phänomens unentbehrlich. Zu finden ist ein Begriff des technischen Fortschritts, der dem Zweck dieser Arbeit gerecht wird. Der Ausdruck Technik umfaßt jede durch naturwissenschaftliche Gesetze bestimmte Kombination von Produktionsfaktoren, außerdem aber auch deren gedankliche Vorwegnahme, etwa in der Konstruktion oder der Entwicklung.³⁴ Unter Technologie versteht der technische Sprachgebrauch lediglich die Lehre von der Bearbeitung und Verarbeitung der Stoffe.

1. Der patentrechtliche Begriff des technischen Fortschritts

Im Patentrecht bildet der technische Fortschritt³⁵ eine Voraussetzung für den Patentschutz. Patente werden für neue Erfindungen erteilt, die

34 Traebert, Technische Aspekte der wirtschaftlichen Warenlehre, S. 45

35 Benkard, § 1 PatG Rdn. 56: Die Erfindung muß fortschrittlich sein

Klauer-Möhring, § 1 PatG Rdn. 45

eine gewerbliche Verwertung gestatten (§ 1 Abs. 1 PatG). Die Erfindung ist ein schöpferischer Akt. Sie kann als eine Anweisung zur Ausnutzung von Naturkräften mit einem unmittelbar verwertbaren und beliebig wiederholbaren Erfolg, der nicht zum bisherigen Stand der Technik gehört, bezeichnet werden.³⁶ Die anderen Bedingungen der Patentfähigkeit sind die Neuheit und die Erfindungshöhe.³⁷ Jede angemeldete Erfindung hat die Erteilungsbehörde auf ihren technischen Fortschritt hin zu prüfen.³⁸ Der technische Fortschritt ist ein im Gesetz nicht ausdrücklich genanntes Merkmal; es fehlen auch objektive Richtlinien. Entscheidend ist die Wertung durch das Patentamt.

Allgemein muß der technische Fortschritt die Technik bereichern.³⁹ Der Maßstab für die Fortschrittlichkeit einer Erfindung ist der Stand der Technik.⁴⁰

36 Vgl. Benkard, § 1 PatG Rdn. 1

37 Vgl. Trüstedt, Fortschritt und Erfindungshöhe als Voraussetzung der Patentfähigkeit nach deutscher Rechtsentwicklung, GRUR 1956, 349

38 BGH GRUR 1953, 120

39 Benkard, a. a. O.
Lindenmaier, § 1 PatG Rdn. 34
Klauer-Möhring, § 1 PatG Rdn. 46

40 Klauer-Möhring, a. a. O.
Benkard, § 1 PatG Rdn. 63

Auch die Neuheit und die Erfindungshöhe sind am Stand der Technik zu messen.⁴¹ Die Erfindung hat einen Weg zum technisch vorteilhafteren Handeln aufzuzeigen, das den Fachmann in die Lage versetzt, günstigere Ergebnisse zu erzielen. Mit dem technischen Fortschritt des Patentrechts müssen in jedem Falle Vorteile verbunden sein. Vorteile und Nachteile einer Erfindung sind gegeneinander abzuwägen.⁴² Der Vorteil ist in der Patentschrift⁴³ zu offenbaren. Der vom Erfinder erkannte Erfolg muß mit den von ihm angegebenen Mitteln tatsächlich zu erreichen sein; die Erfindung muß durchführbar sein.⁴⁴ Der technische Fortschritt einer Heilmittelerfindung ist bejaht worden, weil die sich aus dem Unterschied der therapeutischen Indices ergebende Verbesserung ausreichend groß war.⁴⁵

Die Bereicherung durch den technischen Fortschritt braucht allerdings nicht immer auf technischem Gebiet zu liegen. Sie kann auch wirtschaftlicher Art sein oder auf einer ästhetischen Wirkung beruhen.

41 Klauer-Möhring, a. a. O.

42 Benkard, § 1 PatG Rdn 62

43 BGH GRUR 1960, 542; 1962, 83, 85

44 Schmitz, Begriff der Neuheit im Patentrecht, S. 15

45 Dinné, Chemischer technischer Fortschritt, Mitt. 1973, 27

Patentrechtlich ist ein technischer Fortschritt indes nicht gegeben, wenn es sich lediglich um eine normale Weiterentwicklung der Technik handelt.

2. Der technische Fortschritt in der Wirtschaftswissenschaft

Vom Patentrecht unterscheidet sich das Verständnis des technischen Fortschritts in der Wirtschaftswissenschaft. Der technische Fortschritt ist hier von der im Patentrecht unverzichtbaren Erfindungshöhe unabhängig.

Führt eine einfache Weiterentwicklung der Technik zu einer Einsparung, spricht man bereits von einem technischen Fortschritt.⁴⁶ Die Theorie des technischen Fortschritts ist das Kernstück der modernen Wachstumstheorie.⁴⁷ Die zunehmende Geschwindigkeit des technischen Fortschritts hat ihn zu einem wichtigen Wettbewerbsfaktor und damit zu einem Problem der Unternehmensführung werden lassen.⁴⁸

46 Wessels, Handbuch der Wirtschaftswissenschaften, S. 39

47 v. Weizsäcker, Zur ökonomischen Theorie des technischen Fortschritts, S. 9

48 Pfeiffer, Allgemeine Theorie der technischen Entwicklung als Grundlage einer Planung und Prognose des technischen Fortschritts, S. 12, 13

Unter technischem Fortschritt versteht die Wirtschaftswissenschaft die Schaffung neuer Produkte als auch den Übergang zu verbesserten und völlig neuen Produktionsmethoden.⁴⁹ Andere Autoren⁵⁰ sehen den technischen Wandel in drei Bereichen, nämlich der Produktionserstellung, neuer Verfahren sowie neuer Methoden.

Ein technischer Fortschritt liegt schon vor, wenn es sich lediglich um konstruktive Weiterentwicklungen der chemischen oder physikalischen Eigenschaften von Erzeugnissen und Leistungen eines Betriebes handelt. "Technischer Fortschritt" ist also weniger der Inbegriff von Erfindungen, welche die Technik ruckartig vorwärtstreiben, als vielmehr ein kontinuierlicher Prozeß technischer Vervollkommnung, der zwar auf den einzelnen Gebieten der Technik unterschiedlich und unregelmäßig verläuft, im großen gesehen aber doch

49 Ott, Zur ökonomischen Theorie des technischen Fortschritts, in: Wirtschaftliche und gesellschaftliche Auswirkungen des technischen Fortschritts, S. 8, 9

Gutenberg, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, 2. Bd., S. 320

Pfetsch, Innovationsforschung als multidisziplinäre Aufgabe, S. 11

50 Brandenburg-Brödner-Hetzler-Schienstock, Die Innovationsentscheidung, S. 14, 15

verhältnismäßig stetig vor sich geht und sich mehr durch Weiterentwicklung als durch abrupte Neuschöpfungen kennzeichnet".⁵¹

Auch die Ersetzung von Arbeit durch Kapital, etwa durch die Verwendung von Automaten, gilt als ein technischer Fortschritt.⁵² Walter⁵³ weist zu Recht darauf hin, daß der technische Fortschritt nicht durch einen Katalog seiner Wirkungen definiert werden darf. Die Entstehung neuer Produkte ist eine Wirkung des technischen Fortschritts. Der technische Fortschritt selbst besteht in einer Erweiterung des technischen Wissens.⁵⁴ Er äußert sich in der Umsetzung vorhandenen technischen Wissens in die ökonomische Realität; er beruht auf einem Wissenszuwachs in einer Gesellschaft.⁵⁵

Der technische Fortschritt wird als eine natural-ökonomische Erscheinung⁵⁶ qualifiziert; es handelt sich um einen Erwerb von der Natur mittels des menschlichen Geistes. Für unsere Arbeit kommt es

51 Gutenberg, a. a. O., Seite 320, 321

52 v. Weizsäcker, a. a. O., Seite 18

53 Walter, Der technische Fortschritt in der neuen ökonomischen Theorie, S. 233, 234

54 Walter, a. a. O., Seite 240

55 v. Weizsäcker, a. a. O., Seite 8

56 Ott, a. a. O., Seite 8

darauf nicht einmal an. Sie befaßt sich mit neuen Handelswaren. Auf welcher Art von technischen Fortschritt ihre Produktion beruht, mag dahingestellt sein.

Wichtig ist die Erkenntnis, daß sich der technische Fortschritt, soweit er ökonomisch und damit rechtlich relevant wird, als ein einzelwirtschaftliches Ereignis darstellt.⁵⁷ Das bedeutet, daß die warenzeichenrechtliche Wirkung des technischen Fortschritts jeweils für den betreffenden Zeicheninhaber bei einer innerbetrieblichen Gegenüberstellung von alter und neuer Ware auftritt und zu bewerten ist.

Für unsere Arbeit ist noch eine andere Erkenntnis von Wert; danach kann der technische Fortschritt von der (Wirtschafts-) Wissenschaft nicht beeinflusst werden. Es ist nur eine Anpassung an schon Vollzogenes möglich. Man spricht daher von einem "Nachhinken der Deutungsmuster".⁵⁸ Zwischen dem Auftreten der technischen Neuerung und ihrer sozialen und kulturellen Strukturierung liegt eine Zeitspanne. Übertragen auf das Warenzeichenrecht heißt das: Der rechtlich nicht steuerbare technische Fortschritt ist in seinen Auswirkungen zu erfassen. Eine zeitliche Verzögerung tritt

⁵⁷ Walter, a. a. O., Seite 238

⁵⁸ Lepsius, Soziale Konsequenzen von technischen Fortschritten, Seite 52

dadurch ein, daß er in einer handelsfähigen Einheit eingesetzt werden muß. Festzustellen ist der Grad der Veränderung der Ware. Verliert sie durch den technischen Fortschritt ihre bisherige Individualität, muß es als fraglich erscheinen, sie dem eingetragenen Warenverzeichnis zuzuordnen.

3. Der technische Fortschritt im Sinne des Warenzeichenrechts

Die durch den technischen Fortschritt veränderte oder neu hergestellte Ware soll als die "neue Ware" bezeichnet werden. Ihr steht die im Warenverzeichnis eingetragene Ware als die "alte Ware" gegenüber. Es kommt darauf an, ob der technische Fortschritt in der neuen Ware ein selbstständiges Handelsgut hervorbringt, das auf Grund eines festzustellenden Bezuges zur alten Ware die Annahme begründet, es könne in dessen unwandelbares Warenverzeichnis eingestuft werden. Dieser Zweck der Arbeit formt einen eigenen warenzeichenrechtlichen Begriff des technischen Fortschritts.

Entgegen den Anforderungen des Patentrechts entfällt für den technischen Fortschritt des Warenzeichenrechts der Bereicherungsgedanke. Die neue Ware braucht keine qualitätsmäßige oder sonstige Verbesserung der alten Ware zu erzielen. Es genügt, wenn die neue Ware das bisherige Warenangebot lediglich differenziert. Auch eine Rohstoffverknappung oder ein Energiemangel können für die neue Ware ursächlich sein.

An die Stelle von Seide tritt Kunstseide. Plastik-
erzeugnisse übernehmen die bisherigen Funktionen von
Erzeugnissen aus Holz, Metall oder Porzellan. Die
Energiequellen Kohle und Öl werden wenigstens zum
Teil durch Sonnenkollektoren ersetzt.

Der Fortschritt der Technik ist - jedenfalls theo-
retisch - unbegrenzt. Er ist mehr oder weniger je-
der Ware immanent. Als "technologischer Moderni-
sierungsdruck"⁵⁹ übt der technische Fortschritt
einen Sachzwang aus, die Produkte ständig zu er-
neuern. Pioniererfindungen, wie die Gewinnung von
Webfäden aus Zellulose, erschließen bislang unbe-
kannte Produktionsmöglichkeiten. Andererseits gibt
es Weiterentwicklungen ohne einen besonderen Er-
findungsgedanken. Für die neue Ware des Zeichen-
rechts sind diese Unterscheidungen - im Gegensatz
zum Patentrecht - unerheblich. Die neue Ware braucht
nicht erfinderisch oder fortschrittlich im patent-
rechtlichen Sinne zu sein. Denn das Zeichenrecht wen-
det sich nicht an die Fabrikation. Es richtet sich auf
das Fabrikat, und zwar auch nur insoweit, als es aus
dem Geschäftsverkehr durch eine eigene Marke heraus-
gehoben und gegenüber anderen abgegrenzt wird. Der
Zeichenschutz regelt mithin das Marktgeschehen, und
zwar im Verhältnis der gezeichneten Ware zu anderen
Waren.

59 Lepsius, Soziale Konsequenzen von technischen
Fortschritten, in: Wirtschaftliche und gesell-
schaftliche Auswirkungen des technischen Fort-
schritts, S. 49

Statt des Ausdruckes "technischer Fortschritt" hätte das Wort "technisch bedingter Wandel" der markierten Ware gewählt werden können. Die angelsächsische Literatur verwendet den im Vergleich zum "technischen Fortschritt" weniger anspruchsvollen Begriff "technical change".⁶⁰ Da der Ausdruck "technischer Fortschritt" nicht nur im Patentrecht, sondern im allgemeinen Sprachgebrauch eingebürgert ist, wird er für die vorliegende Arbeit benutzt. Wir haben es also, da die technische Änderung zwar fortschrittlich sein kann, es jedoch nicht zu sein braucht, nicht mit einem "echten" technischen Fortschritt zu tun.

Eine Schwierigkeit ergibt sich aus dem Umstand, daß der Verlauf des technischen Fortschritts nicht vor-
aussehbar ist. Eine Vorhersage über die künftige "gütertechnische Entwicklung hat hypothetischen Charakter"; sie ist als eine Wahrscheinlichkeitsaussage wegen der Instabilität der vorauszusetzenden Verhaltensweisen unsicher.⁶¹ Der technische Fortschritt tritt in unregelmäßigen Zeitabständen und mit ungleicher Intensität auf. Gegenüber dieser unsteten Dynamik zeichnet sich das Warenverzeichnis durch seine Konstanz aus.

In seinem verzweigten Erscheinungsbild ist der technische Fortschritt rechtlich nicht zu erfassen.

60 Vgl. Frey, Product and Process Innovations,
in: Economic Growth, Zeitschrift für National-
ökonomie, Bd. 29 (1969), S. 29, 34

61 Pfeiffer, a. a. O., S. 120

Der technische Fortschritt befindet sich als ein außerrechtliches tatsächliches Geschehen im rechtsfreien Raum . Seine Faktizität kann indes Rechtsfolgen auslösen. Zeichenrechtlich ist der technische Fortschritt insofern qualifizierbar, als er durch die Kreation einer neuen zu kennzeichnenden Ware in Erscheinung tritt.

Der zu beurteilende Lebenssachverhalt ist die neue Ware des technischen Fortschritts. Das grundsätzlich nicht aufeinander abstimmbare Spannungsverhältnis zwischen der Unruhe des technischen Fortschritts und der formalistischen Strenge und Statik des Warenverzeichnisses verlagert sich auf das Gegenüber von neuer und alter Ware. Das Problem konzentriert sich von Fall zu Fall auf die Frage, ob die betreffende neue Ware in das feststehende Warenverzeichnis eingeordnet werden kann. Der Grad der Fortschrittsänderung ist nicht - wie im Patentrecht - am Stand der Technik zu messen, sondern anhand des jeweiligen Wareneintrages festzustellen. Die alte Ware wird zum "Prüfstein" für eine Zurechenbarkeit der neuen Ware zum Warenverzeichnis. Ein wichtiges Anliegen wird es daher sein, den A b s t a n d der neuen von der alten Ware zu ermitteln. Eine ausreichend große W a r e n - n ä h e wird mit Hilfe noch zu findender Kriterien festzustellen sein.

Weniger an das Patentrecht, mehr an die Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaft lehnt sich der zeichenrechtliche Begriff des technischen Fortschritts an. Unser Problem hat keinen Bezug zum

Nachweis einer patentwürdigen Erfindung. Der Zeicheninhaber handelt andererseits zwar nach ökonomischen Regeln. Ob ihm jedoch der Verkauf der neuen Ware tatsächlich einen Profit bringt, ist unbeachtlich. Für das Warenzeichenrecht ist der in objektiver Sicht zu wertende technische Fortschritt insofern wertneutral.

Weitere Einschränkungen ergeben sich gegenüber dem wirtschaftswissenschaftlichen Verständnis des technischen Fortschritts. Dort wird ein technischer Fortschritt in drei Bereichen⁶² anerkannt, nämlich bei der Erstellung von Produkten (z.B. Farbfernsehgerät), hinsichtlich des Verfahrens (z.B. Sauerstoff-Blasstrahlverfahren) und bezüglich der Methoden (z.B. Netzplantechnik). Für diese Arbeit kommt ausschließlich die Auswirkung des technischen Fortschritts auf die Erstellung neuer Produkte, und zwar als selbständig handelsfähiger Güter (Waren), in Betracht. Von den vier Zeitphasen⁶³ des technischen Fortschritts, der Grundlagen-, der Inventions-, der Innovations- und der Diffusionsphase, interessiert lediglich die letzte Phase; in sie fällt der Absatz der neuen Ware, deren zeichenmäßige Kennzeichnung in Frage steht.

62 Vgl. Brandenburg, Die Innovationsentscheidung, S. 14, 15

63 Brandenburg, a. a. O., S. 17

Der technische Fortschritt ist in seiner Gesamtheit gemeinverträglich.⁶⁴ Er steht der Rechtsordnung als dem Garanten des Gemeinwohls nicht entgegen. Die Frage, ob er durchgängig gemeinförderlich ist, kann auf sich beruhen; tendenziell ist ihm ein gemeiner Nutzen nicht abzusprechen.

64 Krüger, Rechtsetzung und technische Entwicklung, NJW 1966, 617, 620: Aufgabe der Rechtsetzung ist es, die technische Entwicklung in ihren natürlichen Gesetzmäßigkeiten in die Gesellschaft einzufügen.

III. Die Schwierigkeiten einer Einordnung der neuen Ware in das vorhandene Warenverzeichnis.

1. Das Fehlen einer gesetzlichen Regel

Das Warenzeichenrecht enthält keine Norm zur Lösung des Problems, ob und wie eine neue Ware unter das für ein Warenzeichen bestehende Warenverzeichnis subsummiert werden kann. Es ermangelt jedweder gesetzlicher Zuordnungsmerkmale. Zwar ist die tatsächliche Gegebenheit des technischen Fortschritts für den Rechtsanwender unantastbar. Die durch den technischen Fortschritt hervorgebrachte neue Ware erhält jedoch eine zeichenrechtliche Relevanz, sobald sie der Unternehmer - Zeicheninhaber unter der Marke der alten Ware in den Handel einführt.

Der technische Fortschritt ist als ein soziales Faktum nicht schon selbst eine Norm oder eine Normquelle. Er hat sich infolge seiner Häufigkeit und seiner Bedeutung zu einer Art Institution von Verhaltenserwartungen verdichtet, die eine entsprechende rechtliche Regelung fordert. Überall dort, wo Problemzusammenhänge eine gesetzliche Lösung erwarten lassen, besteht eine Lücke.⁶⁵

⁶⁵ Esser, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 178

Die Feststellung, daß eine Norm fehlt, wo sie vorhanden sein müßte, hängt weniger von einem nur schwer kontrollierbaren Plan des Gesetzes, sondern vielmehr von der "Ordnungsbedürftigkeit des betreffenden Konflikts" ab.⁶⁶ Das Bedürfnis nach einer Regelung zeigt deutlich die Übung der Warenlieferanten, in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen einen auf den technischen Fortschritt bezogenen Änderungsvorbehalt aufzunehmen, den der Kunde regelmäßig als Anzeichen einer Qualitätsverbesserung ansieht und annimmt.⁶⁷ Der in der Praxis beobachteten Änderung einer bestellten Ware wird - mangels einer gesetzlichen Regelung - durch die privatrechtliche Lösung der beteiligten Kaufleute abgeholfen. Der öffentlich - rechtlich fundierte Zeichenschutz ist einer solchen Privatinitiative nicht zugänglich. Ihm ist daher eine außergesetzliche Berücksichtigung einer durch den technischen Fortschritt bewirkten Änderung der markierten Ware versagt.

Da keine, zumindest keine unmittelbar anwendbare Norm vorhanden ist, erscheint das Gesetz als unvollständig.⁶⁸

66 Esser, a. a. O., S. 179

67 Dazu: Dörschel, Zur Pädagogik der Ware, in: Die Ware in Wirtschaft und Technik, S. 98

68 Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 20

Diese Unvollständigkeit ist unbefriedigend.⁶⁹ Das Fehlen einer gesetzlichen Anordnung wird daher als eine Lücke empfunden,⁷⁰ Das Gesetz sollte den technischen Fortschritt wegen seiner Wirkung auf das Warenverzeichnis berücksichtigen. Es liegt eine "offene Lücke"⁷¹ vor, da das Gesetz für die Fallgruppe der neuen Ware keine Regel enthält. Seine Zielvorstellung, dem Gewerbetreibenden den ungehinderten Gebrauch seines Zeichens zu sichern und über längere Zeit zu erhalten, verlangt hier eine Regelung. Da der Gesetzgeber die sich aus dem Auftreten des technischen Fortschritts ergebenden Probleme nicht gesehen hat, sind sie auch nicht durch Auslegung zu lösen.

Sowohl die Schutzinteressen des Zeicheninhabers als auch die Verbrauchererwartung, unter der vertrauten Marke eine dem jeweiligen Stand der Technik entsprechende Ware zu erhalten, lassen eine Regelung als wünschenswert und unentbehrlich erscheinen.

69 Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 135: Das Gesetz bietet auf die rechtliche Frage keine Antwort.

70 Vgl. Canaris, a. a. O., S. 16

71 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 362

Es liegt kein vollendetes System des Warenzeichenrechts vor.⁷² Eine Antwort auf die Frage einer Zuordnung der neuen Ware zum vorhandenen Warenverzeichnis bleibt das Gesetz schuldig, das insoweit als unfertig erscheint.

Welche Ursachen die Gesetzeslücke hat, ist hier nicht aufzuklären. Die Unvollständigkeit des Gesetzes kann darauf beruhen, daß der Gesetzgeber zum Schutze der Warenbezeichnungen des Jahres 1894 den Sachverhalt des technischen Fortschritts nicht bedacht hat oder nicht bedenken konnte, weil er zur Zeit der Gesetzesbeschließung nicht, jedenfalls nicht in einem erheblichen Umfange, bekannt war.⁷³ Es wird indes später zu prüfen sein, ob die Gesetzeslücke ausgefüllt werden kann.⁷⁴

Das Schweigen des Gesetzes stellt den Zeicheninhaber oft vor eine unüberwindbare Kriterienproblematik. Er weiß nicht, ob er sein Zeichen, das er über Jahrzehnte mit einem erheblichen Werbe-

72 Vgl. Zippelius, Das Wesen des Rechts, S. 166, der von konkreten Ordnungsproblemen spricht; Salomon, Grundlegung zur Rechtsphilosophie, S. 26, bezeichnet das Rechtsproblem schlecht-hin als das Forschungsobjekt der Rechtswissenschaft

73 Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, S. 338

74 siehe Seite 162 ff.

aufwand erfolgreich eingesetzt und publiziert hat, auch für die neue Ware verwenden darf. Entscheidet er sich für eine - seiner geschäftlichen Interessenlage entsprechende - Weiterbenutzung des Zeichens, riskiert er, daß seine subjektive Entscheidung einer gerichtlichen oder patentamtlichen Nachprüfung nicht standhält. § 11 Abs. 1 Satz 1 WZG ("ein Dritter") begründet eine Popularklage auf Löschung eines Zeichens, wenn dieses nicht für die eingetragene Ware binnen fünf Jahren benutzt worden ist, § 11 Abs. 1 Nr. 4 WZG. Der Antrag auf Löschung kann gemäß § 11 Abs. 4 zunächst beim Patentamt angebracht werden. Fallen die neue, durch den Fortschritt veränderte Ware und die eingetragene Ware auseinander, liegt ein Fall der Nichtbenutzung des Zeichens vor. Wird dem Zeicheninhaber, möglicherweise erst nach Jahren, bescheinigt, daß seine Maßnahme unrichtig war, kann ihm dadurch ein erheblicher Schaden entstehen, daß er einen kostspieligen Aufwand zur Einführung der neuen Ware unter dem beim Publikum bekannten Warenzeichen betrieben hat. Die Unzulässigkeit seines Handelns stellt sich vielfach erst nach Jahren heraus, sei es, daß die Konkurrenz oder ein sonstiger Dritter die falsche Zeichenbenutzung bislang nicht bemerkt hat, sei es, daß ein Verfahren längere Zeit dauert. Dann ist es zu spät, die neue Ware mit einem anderen Zeichen auszustatten, das zudem erst gefunden und gegen die Widersprüche aus konkurrierenden Zeichenrechten eingetragen werden müßte.

2. Der "technische Fortschritt" in den Grundsätzen für Gütezeichen

Der Ausdruck "technischer Fortschritt" findet sich immerhin unter Ziffer 2.6.3.b der Grundsätze für Gütezeichen.⁷⁵ Die vom Reichsausschuß für Lieferbedingungen und Gütesicherung (RAL) aufgestellten Grundsätze versuchen, die durch das Auftreten des technischen Fortschritts für die Kollektivzeichen entstehenden Gefahren dadurch zu bannen, daß sie die technische Entwicklung einplanen wollen. Abschnitt 2.6.3. bestimmt, daß die Gütebedingungen und die Zeichensatzung so abgefaßt sein müssen, daß sie eine Fortentwicklung der Ware offen lassen. Damit kann zwar satzungsgemäß eine Anpassung der Güte an den technischen Fortschritt vorgesehen werden. Das Regelwerk des RAL-Ausschusses ist jedoch ein außergesetzliches Hilfsmittel.⁷⁶ Da es keine Gesetzesqualität hat, kann sein Durchsetzen nicht erzwungen werden. Technische Regelwerke können als ein "ständischer Leistungsanruf"⁷⁷ ohne Rechtspflicht bezeichnet werden. Sie sind eine nicht-staatliche Normschöpfung ohne parlamentarische Aufsicht.⁷⁸

75 Abgedruckt bei Baumbach-Hefermehl, a. a. O., Seite 614, 616

76 Nicklisch, Das Gütezeichen, S. 39

77 Herrschel, Regeln der Technik, NJW 1968, 617, 618, 619

78 Nickusch, § 330 StGB als Beispiel für eine unzulässige Verweisung auf die Regeln der Technik, NJW 1967, 811, 812

Auf der anderen Seite können ein Perfektionismus und eine zu umfassende Reglementierung in den Regelvorschriften eine ungehinderte Weiterentwicklung der Technik stören.⁷⁹

Der Hinweis auf den Begriff des technischen Fortschritts hat lediglich eine negative Bedeutung. Denn Zeichensatzung und Gütebedingungen müssen so gehalten sein, daß sie den technischen Fortschritt nicht hemmen. Immerhin ist es bemerkenswert, daß der technische Fortschritt in dieser geforderten Gestaltung der Anmeldung genannt wird. Gütezeichen haben indes eine beschränkte Bedeutung. Es handelt sich um Zeichen, die als Garantiausweis zur Kennzeichnung von Waren (oder Leistungen) verwandt werden, die bestimmte, an objektiven Maßstäben gemessene, nach der Verkehrsauffassung für die Güte einer Ware oder Leistung wesentliche Eigenschaften erfüllen. Eigens gebildete Gütegemeinschaften stellen die öffentlich zugänglichen Gütebedingungen auf.⁸⁰ Gütezeichen sind daher Verbandszeichen, hingegen keine Individualzeichen, mit denen sich unsere Arbeit ausschließlich befaßt.

Die Gütezeichen stehen unter zusätzlichen besonderen Voraussetzungen: Anerkennung der objektiv festliegenden Gütevorschriften durch eine neu-

79 Schäfer, Das Recht der Regeln der Technik, S. 179

80 Busse, § 17 Rdn. 5

trale Stelle und Sicherstellung ihrer Einhaltung. Zwar sind auch Individualmarken auf ihre Weise ein Zeichen einer bestimmten Güte.⁸¹ Die für Gütezeichen im engeren Sinne geltenden spezifischen Regeln können jedoch nicht auf Individualmarken übertragen werden. Jene Regeln, die unter engen Bedingungen eine Sondergruppe betreffen, sind einer Verallgemeinerung nicht zugänglich. Sie sind Zeichen mit einer definitiv dargelegten und überwachten Gütegarantie der Gütegemeinschaft und ihrer Gütegenossen.⁸² Ein Gütezeichen weist nicht auf einen individuellen Inhaber hin. Es vermittelt dem Verbraucher einen Schutz, daß das unter diesem Siegel angebotene Erzeugnis auf einer verbindlichen Festlegung der Gütegemeinschaft beruht.

Ein Beispiel für ein Gütezeichen ist der Aufdruck:

"Jede mit diesem Gütezeichen und der Kornkette-Kapsel ausgestattete Flasche enthält edlen Kornbrand in Original-Brennereiabfüllung nach festgelegten Gütebedingungen, deren Einhaltung ständig überprüft und überwacht wird von der Kornkette e.V. Münster/Westf."

81 Hamann, Die Gütezeichen und ihre Funktionen, GRUR 1953, 517

82 Gröschler, Deutsche Gütezeichen in weiterer Entwicklung, GRUR 1956, 21, 32

Miosga, Gütesicherung und Zeichenschutz, GRUR 1968, 570, 574

Das Gütezeichenwesen kann keine Vorsorge für den Fall treffen, daß die Gütebedingungen durch den technischen Fortschritt überholt und damit außer Kraft gesetzt werden. Dann sind von der Gütegemeinschaft neue objektive Maßstäbe zu entwickeln. Das Gütezeichen kann daher durch Änderungen in den Gütebedingungen verwendungsunfähig werden.

3. Die Nichtanwendbarkeit der zeichenrechtlichen Grundsätze zur Warengleichartigkeit

Man könnte daran denken, die Frage der Verwendbarkeit eines Warenzeichens für eine gegenüber der eingetragenen fortentwickelte Ware mit Hilfe des oben erwähnten⁸³ Warengleichartigkeitsbegriffes zu beantworten. Ein solcher Lösungsweg erscheint als begehbar, wenn die durch das Zeichen vermittelte Rechtsmacht ausschließlich in dem negativen Verbotungsrecht gesehen wird. So findet sich in einem Urteil des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1960 der Satz: "Da die Warenzeicheneintragung kein positives Benutzungsrecht sondern nur ein Verbotungsrecht gewährt, ...".⁸⁴ Dieses Abwehrrecht erstreckt sich in seinem Grenzbereich auf alle Waren, die mit der eingetragenen benutzten Ware gleichartig sind. Geht man - unter Vernachläss-

83 Siehe Seite 7

84 BGH, Urteil vom 17.11.1960, "Mon Chéri", GRUR 1961, 181, 183

sigung eines positiven Benutzungsrechts - allein von dem negativen Untersagungsrecht aus, so ergibt sich geradezu als eine Selbstverständlichkeit, daß Warenzeichen unbedenklich für neue Waren benutzt werden dürfen, soweit nicht die Grenzen des zeichenrechtlichen Verbotungsrechts eines anderen Zeicheninhabers überschritten werden. Daraus könnte der Satz abgeleitet werden, daß im Warenzeichenrecht alles erlaubt ist, was nicht von einem fremden Zeicheninhaber kraft seines Abwehrrechts verboten werden kann.

Ein Unternehmer könnte nach dieser, vom Verbotungsrecht beherrschten Auffassung sein eingetragenes Zeichen auch für eine nicht mehr vom Warenverzeichnis umfaßte neue Ware einsetzen. Das zwingt ihn aber, den Markt und die Warenzeichen der Mitbewerber zu beobachten. Er geht das Wagnis ein, durch die Benutzung seines Warenzeichens für die neue Ware das Verbotungsrecht eines anderen zu verletzen. Sein Eindringen in den Schutzbereich eines ihm nicht gehörenden Zeichens hätte eine auf Unterlassung und gegebenenfalls auf Schadensersatz gerichtete Klage des Verletzten zur Folge. Eine derartige Verwendung eines für die alte Ware registrierten Zeichens beim Vertrieb der neuen Ware verfehlt indes das Forschungsziel dieser Arbeit. Diese behandelt nicht die freie Benutzung eines nicht für die markierte Ware eingetragenen Kennwortes. In der Praxis gibt es zahlreiche Fälle,

in denen zur Bezeichnung einer Ware ein Ausdruck warenzeichenmäßig benutzt wird, der nicht als Warenzeichen geschützt ist. Diese Übung einer Warenkennzeichnung befindet sich außerhalb des eingangs festgelegten Aufgabenkreises. Die vorliegende Arbeit will die Frage beantworten, ob eine für eine bestimmte Ware eingetragene Marke den Zeichenschutz ungehindert und unverbietbar weiter genießt, wenn die Ware durch den Fortschritt verändert wird. Die Verwendung eines ungeschützten "Zeichens" muß daher unerörtert bleiben.

Die Grundsätze der Warengleichartigkeit könnten aber nicht nur gegenüber den Waren anderer Zeicheninhaber angewandt, sondern auch auf das Verhältnis der eigenen neuen zur eigenen alten Ware übertragen werden. Dann fragt es sich, ob es dem Inhaber nützen kann, daß er sein Zeichen für sämtliche mit der alten Ware gleichartige Waren verwendet. Wäre ein derartig weitgehender Zeichengebrauch zulässig, könnte das Problem dieser Arbeit immerhin zu einem beträchtlichen Teil gelöst werden. Sind doch zahlreiche neue Waren mit der eingetragenen alten gleichartig. So ist etwa ein "elektronischer Taschenrechner" als Ergebnis des technischen Fortschritts mit einem herkömmlichen "Rechenstab, der eine Mehrzahl verschiedener Rechenarten ermöglicht" warengleichartig.⁸⁵ Das Institut

⁸⁵ Vgl. Beschluß des BPatG vom 12.5 1978, Mitt. 1979, 11, 12

der Warengleichartigkeit ist durch Lehre und Rechtsprechung zu einem Instrumentarium ausgebildet worden, das gesicherte brauchbare Beurteilungsmaßstäbe bietet.⁸⁶ Es wäre lediglich festzustellen, daß die neue mit der alten Ware gleichartig ist, um sie unter dem Zeichen der alten Ware verkaufen zu können.

Ein derartiges Vorgehen würde nur eine Scheinlösung zeitigen. Es steht nicht einmal fest, daß sich der technische Fortschritt in seiner expansiven Kreativität auf das durch die Warengleichartigkeit begrenzte negative Verbotungsrecht beschränkt. Zum anderen ist entscheidend, daß ein Zurechnen der neuen zum Warenverzeichnis der alten Ware systematisch in keiner Beziehung zum Schutzbereich des negativen Verbotungsrechts steht. Es handelt sich um zwei grundlegend verschiedene Begriffsinhalte, die nicht in Übereinstimmung gebracht werden können. Der technische Fortschritt folgt überwiegend naturwissenschaftlichen Gesetzmäßigkeiten. Ihm ist das Zeitmoment eigentümlich. Die zur Warengleichartigkeit entwickelten Rechtssätze wollen nicht den technischen Fortschritt ansprechen. Sie sind dazu bestimmt, Konflikte unter den Zeichen von Mitbewerbern auszugleichen, die unabhängig vom technischen Entwicklungsstand auftreten. Warengleichartigkeitssätze beziehen sich auf die Waren eingetragener oder an-

86 Beschluß des BPatG vom 22.6.1978, BPatGE 20, 286, 289: Die über fünf Jahrzehnte gültige Spruchpraxis zur Warengleichartigkeit darf im Interesse der Rechtssicherheit nicht aufgegeben werden.

gemeldeter Warenverzeichnisse. Sie kennen nicht den Begriff der neuen Ware. Daher können sie nicht das Verhältnis der neuen zur alten Ware eines bestimmten einzelnen Warenverzeichnisses erhellen.

Maßgebend ist nicht das negative Verbotungsrecht. Entscheidend ist der U m f a n g d e s p o - s i t i v e n B e n u t z u n g s r e c h t s. Denn es geht nicht darum, einen Streit mit anderen Zeichen beizulegen. Vielmehr ist zu prüfen, ob die neue Ware unter die eigene positive Benutzungsbefugnis fällt. Nur dann ist ein gesicherter Gebrauch der Marke für die neue Ware gewährleistet. Die Anerkennung eines Alleinbenutzungsrechts und die Einordnung der neuen Ware in den Erklärungsinhalt des Warenverzeichnisses gestatten eine ungestörte Benutzung des Warenzeichens auch für die neue Ware. In § 15 Abs. 1 WZG ist das positive Alleinbenutzungsrecht des Zeicheninhabers festgelegt. Diese Vorschrift bringt die enge Objektbeziehung des Zeichens zur Ware zum Ausdruck. Der Zeicheninhaber ist zwar nicht gehindert, sein Zeichen über den Umfang des positiven Benutzungsrechts hinaus zu verwenden. Jedoch ist eine solche Benutzung nicht durch den Schutz des § 1 Abs. 1 WZG gedeckt. Das positive Benutzungsrecht eines Zeicheninhabers kann zwar Beschränkungen unterliegen, die in einer Verletzung älterer Zeichenrechte oder in einem Verstoß gegen

allgemeine Wettbewerbsverbote (z.B. Täuschung des Verkehrs nach § 3 UWG) begründet sein können.⁸⁷ Eine solche Relativierung des subjektiven, gegen jedermann wirkenden Rechts des Zeicheninhabers zur positiven Benutzung seines Zeichens⁸⁸ gestattet aber keinesfalls den Schluß, es gebe überhaupt kein positives Benutzungsrecht. Das Bundesverfassungsgericht erkennt das durch die Eintragung erworbene Zeichenbenutzungsrecht ausdrücklich an. Eine Eigentumsgarantie wird dem positiven Benutzungsrecht allerdings nur insoweit zugesprochen, als nicht bessere Berechtigungen Dritter entgegenstehen.⁸⁹ Ein solcher Vorrang etwaiger Drittrechte braucht nicht untersucht zu werden, da es für die vorliegende Arbeit auf die Existenz eines positiven Benutzungsrechts und seines Inhalts, nicht aber auf dessen Durchsetzbarkeit gegenüber Rechtspositionen Anderer ankommt. Dem Zeicheninhaber steht sein Alleinbenutzungsrecht nur für die im Warenverzeichnis aufgeführten Waren, jedoch nicht für die damit gleichartigen Waren zu.⁹⁰

87 Vgl. die Anmerkung von Heydt zum Urteil des BGH vom 17.11.1960, GRUR 1961, 185

88 BVerfG, GRUR 1979, 773

89 Krieger, Das Warenzeichen als Eigentumsrecht GRUR 1980, 334, 335

90 Eyer, Warenzeichenrecht, S. 258, 259

Schluep, Das Markenrecht, S. 226

Busse, § 5 WZG, Rdn. 57

Zudem ist der äußere Kreis des Schutzzumfanges eines Warenzeichens, nämlich das überschießende Verbotrecht, weit gezogen und in seinem Umfange nicht im voraus bestimmbar. Mit ihm kann nicht das Rätsel einer Zurechenbarkeit der neuen Ware zum gegebenen Warenverzeichnis gelöst werden. Beispielsweise sind "Fahrräder" mit "Motorrädern"⁹¹ gleichartig. Ferner besteht Warengleichartigkeit zwischen "Automobilen" und "Luft- und Wasserfahrzeugen".⁹² Ein Fahrradproduzent, der im Zuge des technischen Fortschritts zur Herstellung von Motorrädern übergegangen ist, kann nicht sein zur Kennzeichnung von Fahrrädern eingetragenes Zeichen für die neue Ware "Motorräder" verwenden. Andererseits kann es vorkommen, daß sich die technische Weiterentwicklung tatsächlich innerhalb des Gleichartigkeitsbereichs der alten Ware ereignet. Das ist der Fall bei "Kunstleder", das anstelle von "Leder" verwandt wird.⁹³ Damit ist jedoch nicht gesagt, daß der Inhaber eines für "Lederwaren" eingetragenen Zeichens dieses auch für Kunstlederartikel benutzen darf, wenn er für seine Produktion von Handtaschen und Koffern in Folge des technischen Fortschritts nicht mehr Leder, sondern den neuen Rohstoff Kunstleder verarbeitet.

91 Richter, Warengleichartigkeit, 6. Aufl., S. 46

92 Richter, a. a. o., S. 10

93 Richter, a. a. O., S. 91

Die grundsätzliche Nichtanwendbarkeit der Rechtsätze zur Warengleichartigkeit auf unser Problem wird deutlich in Hinsicht auf den Benutzungszwang für Warenzeichen (§ 5 Abs. 7 WZG). Durch die Einführung des Benutzungszwanges⁹⁴ ist das positive Benutzungsrecht zugleich zu einer Benutzungspflicht geworden. Wird dieser Pflicht über fünf Jahre nicht genügt, verfällt das Zeichenrecht. Dieses Pflicht-Recht zur Benutzung des Warenzeichens beweist die Existenz eines Benutzungsrechts. Es zeigt zudem den notwendigen Unterschied zwischen dem positiven Benutzungsrecht und dem negativen Verbotungsrecht auf. Denn eine Benutzung des Zeichens für eine mit der eingetragenen nur gleichartige Ware stellt keine wirksame und rechtserhaltende Benutzung dar.⁹⁵

94 Durch das sog. Vorabgesetz vom 4.9.1967 (BGBl. 1967 I 953)

95 Busse, § 5 WZG, Rdn. 57

Heiseke, 6 Jahre effektiver Warenzeichen-Benutzungszwang, WRP 1979, 87, 91, weist darauf hin, daß Waren nicht als benutzt angesehen werden können, die im Gleichartigkeitsbereich der tatsächlich benutzten Waren liegen.

Baumbach-Hefermehl, § 5 WZG, Rdn. 38, bemerken, daß die Benutzung eines Warenzeichens nur im Hinblick auf bestimmte eingetragene Waren vorgeschrieben wird, um diese von anderen Waren zu unterscheiden.

Das Problem dieser Arbeit ist nicht mit Hilfe des negativen Verbotungsrechts zu lösen. Damit scheiden die Grundsätze der Warengleichartigkeit als ein Entscheidungsfeld aus. Es ist vielmehr nach der Reichweite des positiven Benutzungsrechts zu suchen. Es stellt sich die Frage: Für welche neuen Waren darf der Inhaber sein Zeichen aufgrund des feststehenden Eintrages im Warenverzeichnis benutzen, ohne mit Angriffen Dritter rechnen zu müssen?

Die Warengleichartigkeit ist ein Maßstab allein für das Verbotungsrecht. Dieser Begriff ist grundsätzlich nur bei einer Kollision mit fremden Zeichen bedeutsam; er ist untauglich, eine Subsumtion der eigenen neuen Ware unter das Verzeichnis der alten Ware zu regeln. Gleichwohl lassen sich aus den zur Gesamtheit der Warengleichartigkeit aufgestellten Grundsätzen aufschlußreiche Folgerungen für das Erkennen unseres Problems herleiten. Das Recht der Warengleichartigkeit enthält drei Fallgruppen, nämlich die Warengleichheit, die Warengleichartigkeit und die Warenungleichartigkeit. Ist die neue mit der alten Ware gleich, so entfällt die Frage einer Zuordnung zum vorhandenen Warenverzeichnis. Das Zeichen kann für die warengleichen Produkte weiterbenutzt werden. Hat eine Automobilfirma zu Anfang des Jahrhunderts die Marke "Rasant" für die Ware "Automobil" eintragen lassen, so kann sie dieses Zeichen auch für ein Kraftfahrzeug des Baujahres 1981 benutzen, obgleich der technische Fortschritt diese Ware in vielfältiger Hinsicht verändert hat und für verschiedene Einzelteile Erfindungen patentiert wurden. Besteht danach zwischen

neuer und alter Ware eine Warengleichheit, so ist die Weiterbenutzung des Zeichens unproblematisch. Der Begriff der W a r e n g l e i c h h e i t wird für die späteren Untersuchungen wichtig sein. Sein Geltungsbereich wird aufzudecken und abzugrenzen sein.

Die zu beantwortende Frage erschöpft sich aber nicht im Bereich der Warengleichheit. Es muß vielmehr gefragt werden, ob und unter welchen Voraussetzungen auch ein neues Erzeugnis, das nicht mit dem alten warengleich ist, durch das eingetragene Zeichen geschützt werden kann. Daher werden in den späteren Untersuchungen der Begriff der Warengleichheit und der ihn ausfüllende S c h u t z u m f a n g d e s W a r e n v e r z e i c h n i s s e s zu erörtern sein. An dieser Stelle läßt sich, das Problem einengend, sagen, daß eine Warengleichheit von alter und neuer Ware eine Weiterbenutzung des Zeichens mit Sicherheit gestattet. Stehen die miteinander zu vergleichende neue und alte Ware auf dem anderen extremen Ende des Warengleichartigkeitsgebietes, nämlich im Bereich der Warenungleichartigkeit, so wird das ein Indiz dafür sein, die Erstreckung des positiven Benutzungsrechts auf die fortentwickelte neue Ware zu verneinen.

4. Die mangelnde Anpassungsfähigkeit des Warenverzeichnisses

Da das einmal angemeldete Warenverzeichnis nicht erweitert werden darf, ist dem Zeicheninhaber ein zeichenrechtliches "Ausweichen" versagt. Er kann das Verzeichnis nicht um die neue Ware ergänzen oder die neue Ware gegen die alte auswechseln. Das ist unstreitig.⁹⁶ Artikel 9 des Madrider Markenabkommens bestimmt für die international registrierten Marken in Absatz 5 ausdrücklich, daß die nachträgliche Erweiterung des Verzeichnisses nur durch eine neue Hinterlegung, d.h. durch die Registrierung einer neuen Marke, vorgenommen werden kann. Für die nationale Marke weist das vom Deutschen Patentamt herausgegebene Merkblatt⁹⁷ den Anmelder in Ziffer 4 Absatz 2 darauf hin, daß nach erfolgter Anmeldung eine Ausdehnung auf weitere Waren ausgeschlossen ist.

Daher ist der Anmelder bestrebt, die Warenangabe im Verzeichnis eines neu anzumeldenden Zeichen vorbeugend möglichst weit zu fassen. Dabei läuft er aber Gefahr, daß die eingetragenen Waren als nicht durch seinen Geschäftsbetrieb gedeckt, mithin als nicht

96 Busse, § 9 WZG, Rdn. 8; § 2 WZG, Rdn. 10

Baumbach-Hefermehl, § 2 WZG, Rdn. 16

97 Merkblatt für Warenzeichenanmelder, abgedruckt bei Busse, Anl. 3; die z.Zt. gültige Fassung datiert von Juli 1979

geführt aus dem Verzeichnis gestrichen werden müssen (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 WZG). Der Geschäftsbetrieb kann auch teilweise fehlen.

Wird das Zeichen für die vorsorglich aufgenommene Ware nicht (oder noch nicht) innerhalb der 5-Jahres-Frist benutzt, so droht außerdem eine Löschung wegen Nichtbenutzung (§ 11 Abs. 1 Nr. 4 WZG). Das Risiko einer Löschung wegen fehlender Benutzung des Zeichens ist unterschiedlich groß. Eine Benutzungsprüfung von Amts wegen gibt es nicht. Zwar kann jedermann die Löschung beantragen. Diese Fälle sind jedoch selten, da dem "Jedermann" die notwendigen Unterlagen nicht ohne weiteres zur Verfügung stehen. Eher kommt es unter Mitbewerbern, die ihre gegenseitigen zeichenrechtlichen Bewegungen genau beobachten, zu Löschanträgen. Eine mit Rücksicht auf die technische Fortschrittserwartung (zu) weitgehende Formulierung des Warenverzeichnisses stößt also auf Schwierigkeiten. Sie werden zu unüberwindbaren Hindernissen, wenn der technische Fortschritt in seiner Entwicklungsrichtung nicht vorhersehbar ist.

Die Möglichkeit, das Warenverzeichnis durch die sofortige Aufnahme von **V o r r a t s w a r e n** auf eine mutmaßliche technische Zukunft einzurichten, ist dem Anmelder nicht verschlossen.⁹⁸ Die Vorratsware

98 BGH, Bl. 65, 171
BGH, GRUR 1958, 544, 546
BPatGE 4, 182, 186

ist eine Ware, die von einem Unternehmer noch nicht geführt wird. Zur Zeit der Anmeldung muß die Absicht bestehen, die Vorratsware tatsächlich auf den Markt zu bringen.⁹⁹ Auf jeden Fall muß die Vorratsware aber durch den angegebenen Geschäftsbetrieb gedeckt sein und binnen der Benutzungsfrist von fünf Jahren in das Fertigungs- und Verkaufsprogramm aufgenommen sein. Andernfalls ist die Vorratsware wegen Nichtbenutzung zu löschen. Der Benutzungszwang für Warenzeichen will ein (teilweise) für Vorratswaren nicht benutztes Zeichen keinesfalls gegenüber einem unbeutzten Zeichen bevorzugen. Die auf fünf Jahre begrenzte Schutzwürdigkeit einer Vorratsware kann der technischen Entwicklung, die sich nicht auf diesen Zeitraum komprimieren läßt, nur in einem geringen Maße entsprechen. Die frühere Rechtsprechung hat die Schutzfähigkeit einer Vorratsware sachgerecht nach den jeweiligen gesamten Begleitumständen des Falles beurteilt und sie auch bei einer wesentlich längeren Nichtbenutzung als fünf Jahre bejaht.¹⁰⁰

Eine Umgehung des Benutzungszwanges durch das Eintragen von Vorratswaren soll jetzt einheitlich verhindert werden.

⁹⁹ Busse, § 1 WZG, Rdn. 27

¹⁰⁰ BGH, Bl. 71, 346, 347

Daneben ist die Übung zu beobachten, daß sich eine Warenzeichenanmeldung "... auf alle mit der eingetragenen Ware gleichartige Waren" erstreckt. Solchen Anträgen gibt das Patentamt statt. Allerdings widerspricht eine darin liegende großzügige Amtspraxis der im übrigen vorherrschenden Tendenz, bei der Abfassung von Warenverzeichnissen eine Beschränkung auf die Spezialware zu verlangen. Beabsichtigt ein Anmelder, sein Zeichen für ein pharmazeutisches Schmerzmittel zu verwenden, so soll er nach der vom Patentamt herausgegebenen Empfehlungsliste, da diese Ware im amtlichen Klassenverzeichnis nicht enthalten ist, formulieren: "Pharmazeutische Erzeugnisse, nämlich Schmerzmittel".¹⁰¹

Aber auch durch eine Ausdehnung in der Formulierung auf alle mit der eingetragenen Ware gleichartige Waren entgeht der Zeicheninhaber nicht dem Benutzungszwang. Die "gleichartigen Waren" sind nach Ablauf der fünfjährigen Schonfrist, falls sie nicht benutzt sein sollten, löschungsreif. Möglicherweise hat die allgemein gehaltene Bezugnahme auf sämtliche gleichartigen Waren den Vorteil, daß einem auf Teillöschung ansinnenden Dritten die Durchführung seines Begehrens erschwert wird, weil er zunächst die Nicht-

¹⁰¹ Empfehlungen und Hinweise für die Abfassung von Warenverzeichnisses, Bl. 1980, 33 ff.

zugehörigkeit einer bestimmten Ware zum Gleichartigkeitsbereich der eingetragenen Ware beweisen muß.

Eine Eintragung unter Einschluß aller gleichartigen Waren entspricht nicht dem Grundsatz der Bestimmtheit der Warenangabe. Der warenzeichenmäßige Schutzzumfang läßt sich nicht klar bestimmen. Die Bestimmtheit ergibt sich mit Sicherheit nur dadurch, daß die unter einen Warenbegriff fallenden Einzelwaren aufgezählt werden.¹⁰² Eine Eintragung von Spezialwaren erschwert hingegen eine Subsumtion der neuen Ware des technischen Fortschritts unter das Warenverzeichnis, da sich der technische Fortschritt in vielen Fällen über diese Spezialware hinaus entwickelt.

Es fragt sich zudem, wie weit ein Einschluß der gleichartigen Ware wirken kann. Ist etwa die Ware A mit dem Zeichen "Stern" eingetragen, so sollen - gemäß dem Zusatz im Warenverzeichnis - auch die mit A gleichartigen Waren B und C geschützt sein. Jetzt tritt im Handel eine Ware D auf, deren Zeichen "Star" mit dem Zeichen "Stern" wegen eines übereinstimmenden Wortsinnes mittelbar verwechselbar ist. Die Ware D ist zwar nicht mit den Waren A und B, wohl aber mit der Ware C gleichartig. Dieses Ergebnis ist möglich, da im

102 Vgl. Empfehlungen und Hinweise, a. a. O.

Zeichenrecht nicht der mathematische Satz gilt: Sind zwei Größen einer dritten gleich, so sind sie auch untereinander gleich. Das negative Verbotungsrecht des Zeichens "Stern" geht somit über die mit der Ware A gleichartige Ware C bis zur Ware D, da diese mit der Ware C, wenn auch nicht mit A und B gleichartig ist. In Bezug auf die einzige namentlich eingetragene Ware A hat das Verbotungsrecht sich über einen zweifachen Warengleichartigkeitsbereich ausgedehnt, nämlich auf alle mit A gleichartigen Waren (B + C), sowie auf alle mit C gleichartigen Waren (D), ferner auch auf alle mit B gleichartigen Waren (E). Der Eintrag im Warenverzeichnis: "... auf alle mit der eingetragenen Ware gleichartige Waren" führt daher zu kaum übersehbaren Kollisionsfällen.

Allgemein läßt sich feststellen, daß durch die Fassung des Wareneintrages im Warenverzeichnis dem technischen Fortschritt ein Entwicklungsspielraum gewährt werden kann, der durch das Zeichen abgedeckt ist. Diese T o l e r a n z des Warenverzeichnisses steht unter zwei Unsicherheitsmomenten:

1. Die nicht benutzten eingetragenen Waren unterliegen nach Ablauf der fünfjährigen Karenzzeit der Löschung.
2. Der technische Fortschritt richtet sich nicht nach einem (auch weitgefaßten) Eintrag im Warenverzeichnis; er geht eigene, nicht vorkalkulierbare Wege.

In bestimmten Wirtschaftszweigen vollzieht sich der technische Fortschritt innerhalb der amtlichen Warenklasseneinteilung. So umfaßt etwa die Klasse 13 mit dem Oberbegriff "Schußwaffen; Munition und Geschosse; Sprengstoffe; Feuerwerkskörper" allgemein alle pyrotechnischen Erzeugnisse einschließlich Bolzenschußgeräten mit Sprengstoffkartuschen. Der technische Fortschritt hat hier einen weiten Entfaltungsraum, ohne daß zeichenrechtliche Schwierigkeiten ausgelöst würden. Das ist eine Ausnahme. In den meisten Fällen reichen die amtlich vorgegebenen Warenzeichnungen nicht aus, die neuen und mit neuen Namen versehenen Waren sachgerecht zu erfassen.

Der technische Fortschritt bleibt zudem nicht innerhalb der einzelnen Warenklassen stehen. Er kann von einer Klasse auf eine andere überspringen. So kann der technische Fortschritt aus der alten Ware "Mittel zur Körper- und Schönheitspflege" im Sinne der Warenklasse 3 durch die Beigabe dermatologischer Wirkstoffe die neue Ware "Erzeugnisse für die Gesundheitspflege" der Klasse 5 hervorbringen. Eine die Klasseneinteilung der Waren überschreitende technische Entwicklung ist dem Bemühen hinderlich, die neue Ware dem Warenverzeichnis der alten Ware zuzuordnen.

5. Sprachliche Probleme

Die beschränkte Anpassungsmöglichkeit an die Entwicklung des technischen Fortschritts durch eine vorbeugend weite Fassung des Warenverzeichnisses wird zusätzlich dadurch erschwert, daß die Warenangabe genau und allgemeinverständlich sein muß. Die Wortwahl kann nur dem gültigen Sprachgebrauch entnommen werden. Die Öffentlichkeit und die Wirkung des Warenverzeichnisses gegen jedermann gebieten eine Klarheit und Allgemeinverständlichkeit der Warenangabe. Der technische Fortschritt schöpft nicht nur neue Waren; er bildet auch neue bislang unbekannte Warenbezeichnungen. Eine Subsumtion einer Ware mit einem im früheren Zeitpunkt der Zeichenanmeldung unbekannten Namen (z.B. 'Computer') ist nicht möglich, weil es diese Ware seinerzeit nicht gab.

Die technisch bedingten Hindernisse bei einer Einordnung der neuen Ware werden somit durch sprachliche Barrieren verstärkt. Diese Erscheinung verdeutlicht den V o r r a n g d e r S p r a c h e v o r d e r T e c h n i k im Warenzeichenrecht. Wie das Beispiel des Kraftwagens "Rasant"¹⁰³ zeigt, wirkt sich dieser Vorrang auch zugunsten des Zeicheninhabers aus, wenn die Warenbezeichnung trotz einer "stürmischen" technischen Entwicklung bestandskräftig ist. Daran rührt auch nicht der Umstand, daß im Falle dieses Kraftfahrzeuges die Einzelteile durch den technischen Fortschritt umgestaltet wurden.

¹⁰³ Siehe oben Seite 49

Daraus folgt, daß die Warengleichheit im Zeichenrecht eine nominelle ist. Sie richtet sich nach der sprachlichen Formulierung des Wareneintrages. Vorab ist die verbale Warenangabe im Verzeichnis ohne Rücksicht auf den jeweiligen technischen Entwicklungsstand auszuwerten.

Der Satz vom Vorrang der Sprache vor der Technik beruht auf der Maßgeblichkeit der Verkehrsauffassung. Der Verkehrsauffassung kommt im Warenzeichenrecht eine überragende Bedeutung zu. So enthält das Warenzeichengesetz verschiedene Regelungen, in deren Rahmen nach ausdrücklicher Anordnung des Gesetzes oder nach seinem Sinnzusammenhang der Verkehr darüber entscheiden soll, ob ein bestimmtes Tatbestandsmerkmal erfüllt ist oder nicht.¹⁰⁴ Der Verkehr setzt sich aus der Vielzahl der angesprochenen Verbraucher zusammen. Im Rahmen des § 4 Abs. 2 Nr. 1 WZG soll der Verkehr darüber entscheiden, ob einem Zeichen eine Unterscheidungskraft zukommt oder nicht. "Der lebendige Verkehr geht seine eigenen Wege..., der einen tatsächlichen Zustand darstellt, der sich durch Rechtsbegriffe nicht beeinflussen läßt".¹⁰⁵ Die Abnehmer einer Ware sind, wenn hier einmal vom Fachhandel abgesehen wird, in der Regel keine Techniker. Die Verbraucher werden durch den handelsüblichen Namen der Ware sowie durch den Klang und die Wirkung des Zeichens angesprochen. Für den

104 Vierhellig, a. a. O., S. 1

105 BGH "Teekanne", GRUR 1959, 599, 601

Verbraucher besteht zwar im Falle des Kraftfahrzeuges "Rasant" ein erheblicher Unterschied zwischen einem veralteten und einem Fahrzeug neuester Bauart. Zeichenrechtlich ist jedoch ein Auto gleich einem Auto. Es kommt darauf an, daß der Käufer der neuen Ware in ihr mühelos die alte Warenart erkennt, nämlich ein Automobil. Sieht er ohne einen Zwang zu Denkvorgängen in der neuen Ware die durch das eingetragene Zeichen gekennzeichnete alte Ware, so ist die Weiterbenutzung des Zeichens statthaft. Eine Täuschung des Verkehrs ist ausgeschlossen. Ist die sprachliche Deklaration der Ware, wie sie das Warenverzeichnis enthält, vermöge ihrer Allgemeinverbindlichkeit und -verständlichkeit für die neue Ware gültig, so ist - ungeachtet einer Fortschrittsveränderung - eine W a r e n g l e i c h h e i t des neuen mit dem alten Produkt gegeben. Andererseits ist dem Verbraucher zwar bekannt, daß z.B. Rechenschieber durch Elektronenrechner technisch überholt wurden. Er kann jedoch nicht ohne weiteres das Geheimnis entschlüsseln, ob das noch die alte Ware ist.

Als ein Lösungssatz ist festzustellen, daß die Sprache den Vorrang vor der Technik hat. Allerdings ist daraus nur eine Teil-Lösung zu gewinnen. Die Sachverhalte, in denen der Verkehr die neue Ware der alten eindeutig und zwanglos zuordnet, mithin eine Warengleichheit anerkennt, sind in der Minderzahl. Gerade wegen der fortschreitenden

Technik, die ihre Neuheiten mit bisher unbekannten Wortbildungen belegt, kann die Verbraucherschaft aus einem allgemeinen Sprachempfinden heraus keine eindeutige Entscheidung treffen. Es verbleibt eine Konfliktsituation, die zusätzlicher Kriterien bedarf.

Die Sprache besitzt nicht die Beharrlichkeit des Warenverzeichnisses. Als ein unvollkommenes Ausdrucksmittel ist sie korrekturfähig. Sie folgt der Mode. Sie ist Zeitströmungen aufgeschlossen. Neuartige Wortgebilde nimmt sie auf. Zu anderen Zeiten erweitert sie ihren Wortschatz um bisher ungebräuchliche Ausdrücke. Wenn die Sprache auch nicht einer dem technischen Fortschritt vergleichbaren Dynamik unterliegt, muß sie doch flexibel genug sein, um seine Neuheiten bezeichnen zu können. Zwischen dem technischen Fortschritt und dem Warenverzeichnis nimmt die Sprache eine vermittelnde Stellung ein. Sie ist bestrebt, eine neue Ware so zu beschreiben, daß sie fähig ist, als Trägerin eines Warenzeichens registriert zu werden. Stimmt die offizielle Bezeichnung des neuen Produkts nicht mit dem im Warenverzeichnis eingetragenen Warennamen überein, liegt eine Falschdeklaration vor. Die Sprache versagt als ein Zuordnungsparameter.

6. Die Gefahr von Rechtsverlusten für den Zeicheninhaber.

Als ein Zwischenergebnis läßt sich feststellen, daß das Warenzeichen über das Warenverzeichnis nur diejenige Ware schützt, welche dort namentlich richtig eingetragen ist oder der Angabe warengleich ist. Kann die neue Ware nicht mehr dem Warenverzeichnis zugerechnet werden, entbehrt sie des Zeichenschutzes. Es besteht ein konditioneller Zusammenhang: Warenzeichen - Warenverzeichnis - Ware.

Umgekehrt ist der Einsatz der Ware im Geschäftsverkehr zufolge des Benutzungszwanges eine Voraussetzung für den Bestand des Zeichens. Nur eine Ware ausweislich des Verzeichnisses erhält den Zeichenschutz aufrecht. Wird das Zeichen zur Kennzeichnung einer neuen Ware verwandt, die sich außerhalb des Warenzeichnisses befindet, wird es notleidend und fällt der Löschung anheim.

Im Warenverzeichnis treffen somit zwei Ordnungsprinzipien aufeinander: Einerseits die Warenkennzeichnungs- und -schutzfunktion des Zeichens und auf der anderen Seite die sich aus dem Benutzungszwang ergebende Zeichengarantiefunktion

der Ware. In diese wechselseitige Abhängigkeit von Warenzeichen und Ware ist das Problem der Arbeit eingefügt. Wirkt der technische Fortschritt in der Weise auf das Warenverzeichnis ein, daß das neue Produkt den Rahmen des Wareneintrages verläßt, ist der für ein Funktionieren des Warenzeichenschutzes notwendige Zusammenhang zwischen Zeichen und Ware unterbrochen. Die durch das Warenverzeichnis getragene Interdependenz von Zeichen und Ware hat zur Folge, daß die alte, nicht mehr benutzte Ware aus dem Warenverzeichnis zu streichen ist. Sind keine anderen alten Waren im Verzeichnis vorhanden, muß das Zeichen wegen Nichtbenutzung gelöscht werden. Dieser Totalverlust einer Marke kann für den Inhaber eine erhebliche wirtschaftliche Einbuße bedeuten. Gibt es doch Warenzeichen, die durch eine langjährige erfolgreiche Benutzung für eine gute alte Ware in Verbindung mit einem Reklameaufwand einen Wert von mehreren Millionen DM erlangt haben.

Eine Löschung des Zeichens beseitigt wohlerworbene Rechte. Sie kommt einer entschädigungslosen Enteignung gleich. Für Betriebe, die auf einen Verkauf ihrer Erzeugnisse unter ihrer renommierten Marke nicht nur eingestellt, sondern angewiesen sind, führt ein Wegfall dieses Besitzstandes zu einer Existenzgefährdung. In einem erhöhten Maße

drohen finanzielle Schäden, wenn ein wegen seiner überragenden Kennzeichnungskraft zu einer berühmten Marke¹⁰⁶ erstarktes Zeichen unbrauchbar wird. Eine durch den technischen Fortschritt zerstörte Kongruenz von alter und neuer Ware verursacht einen Doppel-Schaden. Das wertvolle Zeichen ist auf Grund der Nichtbenutzung für die unverkäufliche alte Ware ersatz- und entschädigungslos zu streichen. Die neue Ware muß ohne ein geschütztes Zeichen angeboten werden.

Kann die neue Ware nicht unter der Marke der alten Ware vertrieben werden, bietet sich als ein Ausweg an, dasselbe Zeichen für die neue Ware anzumelden. Die heutige Warenzeichensituation ist aber nicht mehr diejenige wie zur Zeit einer Anmeldung vor 50 oder vor 80 Jahren. Wenn seinerzeit ein bestimmtes Zeichen für die alte Ware ohne Beanstandung eingetragen werden konnte, so heißt das nicht, daß das heute auch für die neue Ware möglich wäre. Bis zum Jahre 1975 wurden insgesamt rund 1 Mio. Warenzeichen in der beim Deutschen Patentamt geführten Warenzeichenrolle registriert.¹⁰⁷ Es ist daher in

106 Dazu: Baumbach-Hefermehl, § 31 WZG Rdn. 188

107 Busse, Einf. 2

jedem Falle mit Widersprüchen gegen jede Neuankmeldung zu rechnen, da die negativen Verbotungsrechte zwischenzeitlich eingetragener Zeichen entgegenstehen.

Konnte zum Beispiel das Zeichen "Hansa" vor sechzig Jahren noch verhältnismäßig leicht registriert werden, muß eine Neuankmeldung im Jahre 1981 als geradezu aussichtslos gelten.

Die Fülle und die Dichte der Zeichenrolle lassen es fast unmöglich erscheinen, für eine neue Ware ein eintragungsfähiges Zeichen zu finden. Läßt sich ein ausgefallenes Fantasiewort bilden, so ist eine Eintragung eher möglich. Fehlt dem Zeichen ein Bezug zur Ware oder hat es keinen Anklang an das alte wohlbekannte Zeichen, bedarf es eines beträchtlichen Werbeaufwandes, um Kunden für die neue Ware unter dem unbekannten neuen Zeichen zu gewinnen. Ohne diese zusätzlichen Kosten droht die Gefahr, daß der Produktionsfluß beim Übergang zur neuen Ware stockt. Hat der Zeicheninhaber kein Rezept zur Hand, das ihm anzeigt, ob er sein Zeichen für die neue Ware einsetzen darf, werden unter Umständen Gründe gesetzt, die den technischen Fortschritt behindern. Denn ein Zeicheninhaber, der nicht weiß, ob er sein neues Erzeugnis unter seiner Marke anbieten darf, wird sich scheuen, eine neue Ware bis zur Verkaufsreife zu entwickeln. Sein

kaufmännisches Bestreben geht dahin, im Gebrauch seiner Marke nicht gestört zu werden.¹⁰⁸ Er wird daher fortschrittliche Neuerungen seiner alten Ware nicht geschäftlich einsetzen, wenn er die neue Ware nicht unter dem Zeichen der alten Ware anbieten darf.

Die zum betrieblichen Marketing zählende Warenkennzeichnung wirkt ungünstig auf den Bereich der Gütererzeugung zurück. Das als unternehmensbezogener Einzelschutz ausgestaltete Zeichenrecht¹⁰⁹ benachteiligt sogar die Allgemeinheit der Verbraucher. Die Unmöglichkeit, eine neue Ware zu markieren, unterbindet ein Fortschreiten der Technik. Der Verbraucherschaft werden dadurch Verbesserungen der alten Ware vorenthalten, weil diese nicht unter der bisherigen Kennzeichnung auf dem Markt erscheinen darf.

Ein Blockieren des technischen Fortschritts erfolgt nicht nur intern beim Zeicheninhaber. Die Verflechtungen der einzelnen Betriebswirtschaften können Nachteile für die gesamte Volkswirtschaft entstehen lassen.

108 Spoendlin, Seite 2

109 Busse, Einf. 4
Baumbach-Hefermehl, Einl. 2, 3

IV. Die Darstellung des Problems durch Rechtsvergleichung

Die aufgezeigten Schwierigkeiten sind im deutschen Warenzeichenrecht in der Unabänderlichkeit des für ein Warenzeichen angemeldeten Verzeichnisses begründet. Die Warenangabe kann nicht den durch den technischen Fortschritt in der Güterherstellung geänderten Gegebenheiten angeglichen werden. Weder die Aufnahme einer neuen Ware, noch der Austausch der alten durch eine neue Ware sind zugelassen.

Ein Blick auf die Rechtsordnungen anderer Staaten soll zeigen, ob sie ein gleiches Prinzip des zeitlich unbefristeten Festhaltens am Wareneintrag statuieren, das zu einer Unbenutzbarkeit und Entwertung des Warenzeichens führen kann.

1. Die Lösung in den wichtigsten Industriestaaten

Die Regelungen in den wichtigsten Industrieländern ähneln der deutschen Rechtslage:

Das US-amerikanische Markenrecht sieht eine Erneuerung des Zeichens nach Ablauf einer zwanzigjährigen Schutzfrist für jeweils weitere 20 Jahre vor. Eine Änderung des Warenverzeichnisses ist nicht vorge-

sehen.¹¹⁰ In Großbritannien beträgt die Laufzeit des Markenschutzes 7 Jahre. Die Erneuerung erfolgt für je 14 Jahre.¹¹¹ Eine Änderung des Warenverzeichnisses ist nicht statthaft. Das französische Markenrecht kennt eine Dauer von zehn Jahren mit einer Erneuerung für je zehn Jahre. Das Warenverzeichnis kann nicht geändert werden.¹¹² Für Belgien, die Niederlande und Luxemburg bestimmt das "Einheitliche Benelux-Warenzeichengesetz" in Artikel 10, daß die Eintragung einer Benelux-Hinterlegung Gültigkeit für die Dauer von zehn Jahren hat. Das Warenzeichen kann weder während der Dauer der Eintragung noch gelegentlich einer Erneuerung geändert werden.¹¹³

In Norwegen kann bei einer Erneuerung des Zeichens nach Ende der Laufzeit von zehn Jahren auf Antrag eine unwesentliche Änderung des eingetragenen Zeichens vorgenommen werden.¹¹⁴ Ebenso ist in Island¹¹⁵ bei der Erneuerung für zehn Jahre eine geringfügige Zeichenänderung, die den Gesamteindruck nicht beeinflusst, zulässig. Gleiches gilt für Schweden.¹¹⁶

110 Vgl. Trüstedt, Warenzeichen-Tabelle, Vergleichende Darstellung des Markenrechts im In- und Ausland, Juli 1962

111 Trüstedt, a. a. O., September 1961

112 Trüstedt, a. a. O., Januar 1975

113 Abgedruckt bei Kraßer und Gotzen, Das Benelux-Warenzeichenrecht, Seite 58

114 Trüstedt, a. a. O., Juli 1962

115 Trüstedt, a. a. O., Januar 1974

116 Trüstedt, a. a. O., September 1961

Hier kann- unabhängig von der Erneuerung - nach der Eintragung eine unwesentliche Änderung des Zeichens beantragt werden, die den Gesamteindruck nicht beeinträchtigt. Diese "nordische Regelung" berührt nicht das Warenverzeichnis, welches auch dort unabänderlich bleibt.

In Italien findet eine Erneuerung der Marke für je 20 Jahre statt. Bei der Erneuerung kann die Marke "für ähnliche als die bisher eingetragenen Waren" erneuert werden.¹¹⁷ Diese Regelung modifiziert die als unerträglich und fortschrittshemmend erscheinende gesetzliche Ausgestaltung einer "ewigen" Dauer des Wareneintrages. Eine Erleichterung ist in Italien insofern geschaffen, als ähnliche Waren neu aufgenommen werden können. Wenn über die Deutung des Begriffs einer Ähnlichkeit im Einzelfalle auch Meinungsverschiedenheiten auftreten können, so stellt dieses gesetzliche Regulativ doch eine Konzeption dar, die den technischen Fortschritt, wenn auch nur mittelbar, in Rechnung stellt. Die Zeitspanne von 20 Jahren verhindert im Interesse einer Rechtssicherheit und eines geordneten Handelsverkehrs eine vorschnelle, hemmungslose oder mißbräuchliche Ausnutzung des Erweiterungsrechts auf ähnliche Waren. Eine weitere Sicherheit ist dadurch verbürgt, daß der Inhaber

117 Trüstedt, a. a. O., September 1961
Kraßer, Aufbau der Patentämter, S. 77

bei der Erneuerung den Ähnlichkeitsnachweis erbringen muß. Allerdings wird der Zeitraum von 20 Jahren nicht immer eine reibungslose Abstimmung des Warenverzeichnisses mit dem sich regelmäßig in kürzeren Intervallen vollziehenden technischen Fortschritt gewährleisten. Die italienische Regelung verdient in Bezug auf den in Deutschland herrschenden Rechtszustand Aufmerksamkeit. In beiden Ländern bestehen vergleichbare industrielle Größenverhältnisse. Die Möglichkeit einer Erstreckung eines Warenzeichens im Zuge seiner Erneuerung auf der eingetragenen ähnliche Waren würde eine spürbare Erleichterung für den Zeicheninhaber bedeuten; er könnte sein Zeichen zumindest innerhalb des Ähnlichkeitsbereiches dem technischen Fortschritt angleichen. Die zehnjährige Schutzdauer des deutschen Zeichenrechts (§ 9 I WZG) erscheint für diesen Zweck angemessener als die zu lange zwanzigjährige des italienischen Rechts, die mit dem Gang der Warenveränderung nicht Schritt hält.

2. Die Rechtslage im Fürstentum Liechtenstein

Erheblich großzügiger ist das liechtensteinische Markenrecht. Der Schutz aus der Eintragung einer Marke währt¹¹⁸ ebenfalls zwanzig Jahre. Nach der Hinterlegung der Marke beim Amt für geistiges Eigentum können dem Warenverzeichnis jedoch neue

¹¹⁸ Vgl. Trüstedt, a. a. O., Januar 1967

Waren hinzugefügt oder bisherige durch neue Waren ersetzt werden. Die neue Eintragung ist ohne zeitliche oder warenbezogene Einschränkungen möglich. Sie hat lediglich zur Folge, daß das Hinterlegungsdatum auf den Tag vorgeschoben wird, an welchem die Änderung dem Amt angezeigt wird. Sind die Waren, für welche eine Eintragung nachgesucht wird, teilweise schon im Warenverzeichnis der bisherigen Eintragung enthalten, so wird die neue Eintragung sogar als eine Erneuerung der bisherigen mit der Folge behandelt, daß der Schutz auf das ursprüngliche Hinterlegungsdatum zurückwirkt. Erst recht können bei einer Erneuerung der Marke nach Ablauf der zwanzigjährigen Schutzfrist dem bisherigen Warenverzeichnis neue Erzeugnisse hinzugefügt, einzelne weggelassen oder durch andere ersetzt werden.

Dieses System einer freien Veränderlichkeit des Warenzeichnisses gestattet eine unbeschränkte Anpassung an die jeweiligen Innovationen. Darüberhinaus ist das Warenverzeichnis für jede Bewegung im Fertigungs- und Angebotsprogramm eines Zeicheninhabers offen. Auf einen Industriestaat von der Größe etwa der Bundesrepublik Deutschland ist diese Regelung nicht übertragbar. Das würde bei der großen Zahl der hier eingetragenen Zeichen, der Menge der gezeichneten Waren zu einer Markt-

verwirrung und zu Störungen im Gleichgewicht von Angebot und Nachfrage führen, die der auch durch das Warenzeichenrecht mit zu schützenden Wirtschaftsordnung abträglich wären.

Ausländische Firmen können Marken im Fürstentum Liechtenstein registrieren lassen. Ihr Schutz reicht aber nicht über die Landesgrenzen hinaus. Bei einer internationalen Registrierung der liechtensteinischen Marke kommt es zu Widersprüchen und Beanstandungen jeweils im nationalen Bereich des Staates, für den die internationale Registrierung gelten soll. Es ist insofern nicht von Vorteil, eine internationale Registrierung über Liechtenstein als Ursprungsland herbeizuführen, anstatt die Marke unmittelbar in dem jeweiligen Staat national anzumelden.

C. DER MEINUNGSSTAND

Auf die vorausgegangene Schilderung mit einem Aufbereiten des Problemstoffes folgt nunmehr ein Bericht über die Rechtsprechung und die Entscheidungen des Patentamtes nebst einer kritischen Anmerkung. Die sich anschließende Wiedergabe des Schrifttums dringt in angrenzende Rechtsgebiete ein. Es wird festzustellen sein, ob die dort zur Auflösung verwandter Konfliktlagen gewonnenen Ergebnisse verwertbar sind.

1. Die Rechtsprechung und die Spruchpraxis des Deutschen Patentamtes

1. Die bedingte Teilnahme des Warenverzeichnisses am technischen Fortschritt

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat über die Frage, ob ein Warenzeichen der alten Ware für eine neue Ware benutzt werden darf, durch ein Anknüpfen an den W a r e n o b e r b e g r i f f entschieden. In dem "AGYN"-Beschuß¹¹⁹ hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, daß das Warenverzeichnis eines älteren

119 Beschluß des BGH vom 25.6.1965, GRUR 1965, S. 672, 673

Zeichens, das allgemein gehaltene Warenbegriffe einer Warenklasse vollständig enthält, an der technischen Entwicklung teilnimmt und deshalb auch neue, ihrem Wesen nach zu jenen Warenarten gehörende Waren umfaßt. Diese Entscheidung läßt den Grundsatz einer bedingten Teilnahme des Warenverzeichnisses am technischen Fortschritt erkennen. Zwei Voraussetzungen sind zu erfüllen:

- a) das Warenverzeichnis muß sämtliche Warenbegriffe einer Warenklasse umfassen,
- b) die neue Ware muß wesensmäßig zu den Waren des eingetragenen Oberbegriffes gehören.

In einer späteren Entscheidung "SMARTY"¹²⁰ hat sich der Bundesgerichtshof erneut mit der Einwirkung des technischen Fortschritts auf das Warenverzeichnis eines Warenzeichens auseinandergesetzt. Das Bundesgericht bestätigt im Ergebnis seine vorzitierte Rechtsprechung. Danach unterliegen auch Garne aus einem anderen Material, das zur Zeit der Zeichenanmeldung unbekannt war, bei einem Eintrag des Zeichens für Garne schlechthin dem Warenverzeichnis. Das gilt insbesondere für Garne aus synthetischen Fasern oder deren Mischungen mit natürlichen Fasern. Entscheidend ist nicht eine Stoffgleichheit von neuer und alter Ware. Der eingetragene Warenoberbegriff "Garne" stellt die Warengleichheit unge-

120 BGH Beschluß vom 19.1.1973, GRUR 1973, S. 316

achtet der Tatsache her, daß das alte Erzeugnis aus natürlichem, das neue aus künstlichem Rohmaterial besteht. Der Bundesgerichtshof hat sogar der Zeicheninhaberin zugestanden, daß sie ihren Geschäftsbetrieb ihrem umfassenden Warenverzeichnis entsprechend umstellen und ändern kann.

Das Reichsgericht¹²¹ hatte auf einen Grundsatz des Warenzeichenrechts erkannt, daß die Anmeldung eines Warenzeichens dem Gewerbetreibenden das ausschließliche Recht der Zeichenführung nur für Waren der angemeldeten Art verschafft. Damit wurde nichts Neues gesagt. Für unser Problem könnten aber die weiteren Ausführungen des Gerichts von Bedeutung sein, daß nämlich das Zeichen für Waren anderer, im Sinne des § 5 WZG nicht ähnlicher Art, frei bleibt. Diese Entscheidung befaßt sich zwar nicht mit dem technischen Fortschritt. Sie gewährt dem Fortschritt indes insofern eine gewisse Toleranz, als sie den Zeichenrechtsschutz auch auf artähnliche Waren ausdehnt. Gehört die neue Ware zu einer der alten Ware ähnlichen Art, könnte danach das Zeichen unbedenklich weiterbenutzt werden.

In dem Vorverfahren, das zum Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 25.5.1965 ("AGYN") führte, hatte der Beschwerdesenat des Bundespatentgerichts festgestellt, daß Magnettonbänder und Magnettongeräte am ehesten den "elektronischen Geräten" der im

121 RG Urteil vom 30.4.1915, RGZ 87, 89, 90

Jahre 1930 gültig gewesene Fassung der Warenklasse 22 b zuzurechnen seien. Auf Grund der Teilnahme an der technischen Fortentwicklung, die das Bundespatentgericht grundsätzlich herausstellt, umfaßt das Warenverzeichnis eines älteren Zeichens, das allgemein gehaltene Warenbegriffe einer Warenklasse vollständig aufführt, auch solche neuen Waren, die zwar nicht ihrer genauen Bezeichnung, wohl aber ihrem Wesen nach zu jenen Waren gehören. Diese Rechtsfolge hat das Patentgericht im Streitfalle bejaht. Danach sind die in der früheren Fassung der Warenklasse 22 b enthaltenen Waren "Sprechmaschinen" sowie "Film- und Rundfunkgeräte" zur Zeit der Eintragung des Zeichens noch nicht bekannt gewesen. Unter diesen Oberbegriff sind aber die in Betracht kommenden Waren "Magnettongeräte und -bänder" heute einzuordnen. Der Bundesgerichtshof ließ es, auf dieser Entscheidung fußend, dahingestellt, ob Tonbänder aus Kunststoff nicht treffender unter den Begriff der "chemisch-elektronischen Geräte" einzuordnen seien.

Das Bundespatentgericht hat¹²² an anderer Stelle ausgesprochen, es sei nicht angängig, die geschützten eingetragenen Waren auf den technisch-wirtschaftlichen Stand des Jahres der Zeicheneintragung (1916) zu beschränken und die seither fortgeschrittene

122 BPatG. 6.3.1959, Mitt. 1960, S. 11

Entwicklung außer acht zu lassen:

"Sind in einem älteren Warenverzeichnis allgemeine Warenbegriffe wie 'ärztliche, gesundheitliche Rettungsgeräte' geschützt, so umfassen diese Sammelbegriffe alle Waren, die zur Zeit der Entscheidung über den Widerspruch nach der Verkehrsauffassung zu den geschützten Warenkategorien gerechnet werden. Insoweit nimmt das Gegenzeichen mit seinem Schutzbereich an der technischen Fortentwicklung teil. Eine andere Auffassung wäre nicht nur damit unvereinbar, daß die Grenzen der geschützten allgemeinen Warenbegriffe in sich beweglich sind, sondern müßte auch zu dem praktisch untragbaren Ergebnis führen, daß der Zeicheninhaber den Schutz seines für allgemeine Warenbegriffe eingetragenen Zeichens durch Neu anmeldung fortlaufend ergänzen müßte, um den Zeichenschutz der fortschreitenden technischen Entwicklung anzupassen."

Das Deutsche Patentamt hat sich, soweit bekannt, in zwei Fällen mit der Frage der Einordnung neuer Waren in das Warenverzeichnis überholter Waren befaßt. Danach umfassen die eingetragenen Warenangaben "Netz-, Wasch- und Bleichmittel" unstreitig ein Geschirrspülmittel, für welches das Zeichen zur Zeit eingesetzt wird.¹²³ Die Ware "Geschirrspülmittel" war zur Zeit der Zeichenanmeldung unbekannt.

123 Beschluß des DPA vom 30.1.1976 - IR 401 811/3
WZ - domal ./.. SOMOT - nicht veröffentlicht

In einem anderen Falle hat sich das Deutsche Patentamt¹²⁴ im wesentlichen der "AGYN"-Entscheidung des Bundesgerichtshofs angeschlossen. Es kommt zu folgendem Ergebnis:

"Das Warenverzeichnis des im Jahre 1903 angemeldeten Widerspruchszeichens enthält aber die Warenangabe 'Seifenpräparate für Waschw Zwecke in gepulverter Form', die zum Zeitpunkt der Anmeldung lediglich als eine andere Bezeichnung für 'Waschmittel' anzusehen war; denn damals handelte es sich bei nahezu allen Waschmitteln um seifenhaltige Erzeugnisse. Im Warenverzeichnis sind ferner 'Soda' (soweit in Klasse 3 enthalten) und Bleichsoda' aufgeführt, also Waren, die damals zum Einweichen der Wäsche dienten. Das Widerspruchszeichen hatte bei seiner Eintragung daher für die damals zum Wäscheeinweichen gebrauchten Waren Schutz. Da die Waren eines Warenverzeichnisses an der technischen Weiterentwicklung teilnehmen, hat das Zeichen für 'Einweichmittel' daher heute auch dann noch den Schutz, wenn diese üblicherweise nicht mehr aus Soda bestehen. Da jetzt an die Stelle des Einweichens das Vorwaschen getreten ist, hat das Widerspruchszeichen auch Schutz für 'Vorwaschmittel'. Es wird daher für eine Ware benutzt, für die es geschützt ist. Die benutzte Ware fällt deshalb unter die eingetragenen Warenbegriffe 'Seifenpräparate für Waschw Zwecke in gepulverter Form' und 'Soda und Bleichsoda'."

Im Unterschied zum Bundesgerichtshof verlangt das Patentamt nicht, daß sämtliche Warenbegriffe einer Warenklasse in dem alten Eintrag enthalten sind.

124 Beschluß des DPA vom 16.7.1979 - IR 429 712/1 Wz - SOPHOS ./SOKOS (Inhaberin des Widerspruchszeichens: Aug. LUHN & Co. GmbH, Wuppertal) - nicht veröffentlicht

Es geht grundsätzlich von dem Satz aus, daß die Waren eines Warenverzeichnisses am technischen Fortschritt teilnehmen. Die Entscheidung kommt, obwohl es nicht ausgesprochen wird, zum Ergebnis, daß auf eine Funktionsgleichheit von alter und neuer Ware abzustellen ist. Die Änderung der Warennamen, ja der Wegfall von Warenangaben, sind demgegenüber unschädlich.

Die vorzitierte Entscheidung des Patentamtes ist durch einen Beschluß des Zweitprüfers aufgehoben worden. Die Begründung führt aus, das Widerspruchszeichen sei im Jahre 1903 für eine Reihe von Waren eingetragen worden, nämlich für "Seife sowie Seifenpräparate für Appreturen-, Färberei- und Putzzwecke, für Wasch- und Heilzwecke in gepulverter Form, Soda und Bleichsoda, Stärke für Waschzwecke, Farbzusätze zur Wäsche, Waschblau". Es wird darauf hingewiesen, der Warenoberbegriff "Waschmittel" sei im Warenverzeichnis nicht genannt, obwohl die im Zeitpunkt der Eintragung geltende amtliche Warenklasseneinteilung in Klasse 34 neben Seifen, Putz- und Poliermitteln, Rostschutzmitteln, Parfümerien und Toilettenmitteln auch den Warenbegriff "Waschmittel" erwähnt. Der Wortlaut der Warenklasseneinteilung lasse erkennen, so wird weiter ausgeführt, daß bereits damals zwischen Seifen, Seifenpräparaten für Waschzwecke in gepulverter Form und Soda einerseits und Waschmitteln andererseits unterschieden worden sei; Waschmittel

hätten nämlich früher nicht nur aus Seife oder Seifenpräparaten bestanden, sondern aus einer Zusammensetzung von 20 - 60% Seife, 20 - 40% Soda, 3% Alkalisilikaten und 10% Natriumperborat; da das Zeichen für ein derartiges Waschmittel keinen Schutz genieße, könne die glaubhaft gemachte Benutzung für ein modernes aus synthetischen Waschröhstoffen bestehendes Vorwaschmittel, das an die Stelle der früheren Waschmittel getreten sei, nicht als eine Benutzung des eingetragenen Oberbegriffes "Seifenpräparate für Waschw Zwecke in Pulverform" angesehen werden. Da es im Zeitpunkt der Zeicheneintragung schon Waschmittel gegeben hatte, "stellen diese im Verhältnis zu 'Seifenpräparaten für Waschw Zwecke in Pulverform' keine neue Ware dar, die im Zuge der technischen Fortentwicklung heute die Funktion von Seifenpräparaten für Waschw Zwecke übernommen hat."¹²⁵

Diese Begründung kann nicht überzeugen. Sie übersieht, daß nicht nur die konkrete Ware, sondern auch amtliche Warenoberbegriffe durch den technischen Fortschritt im Laufe der Jahre eine Wandlung erfahren.¹²⁶ Der Warenoberbegriff "Waschmit-

125 Beschluß des DPA vom 3.6.1981 - IR 429 712/1 Wz

126 Vgl. Heiseke, Einzelfragen zum Warenzeichenbenutzungszwang, WRP 1976, S. 534

tel" war zwar bereits im Jahre 1903 bekannt¹²⁷; in der Klasse 34 waren aufgeführt "Seifen, Putz- und Poliermittel, Rostschutzmittel, Waschmittel, Parfümerien und Toilettenmittel". Dennoch geht der Beschluß von einer unrichtigen Voraussetzung aus. Die Seifen- und Waschpulver des Jahres 1904, das galt auch für die Firma Aug. Luhn & Co., bestanden aus einem Anteil Seife zwischen 10 und 20%, 30 - 55% Soda und sonstigen wirkungslosen Beimengungen, wie Kochsalz, Wasser und Sand.¹²⁸ Natriumperbonat wurde später entwickelt und im Jahre 1907 durch die Firma Henkel (Persil) erstmalig verwendet. Erst ab diesem Zeitpunkt trat eine Änderung ein.

127 Warenzeichenblatt, herausgegeben von Kaiserlichen Patentamt, Oktober 1894, S. 3

In dem Klemens Merck's Warenlexikon für Handel, Industrie und Gewerbe, 3. Auflage, Leipzig 1882, gab es die Warenangabe "Waschmittel" noch nicht, Register Seite LIV.

Der Deutsche Zollltarif vom 15. Juli 1879 nannte unter der Tarifnummer 31 "Seife und Parfümerien"; zu den Seifen zählten auch Seifenpulver aller Art.

Brockhaus' Konversations-Lexikon, 14. Auflage (1895) erwähnte nicht das Wort "Waschmittel"

128 Haben Seifen- und Waschpulver irgendwelche Vorteile vor den Seifen voraus, Aufsatz in Der Seifenfabrikant, Berlin, 5. Okt. 1904, S. 1

Der Begriff "Waschmittel" hat von diesem Zeitpunkt ab eine eigene Ausprägung für ein bestimmtes Produkt erhalten. Allerdings wurden noch in den Jahren 1932 und 1938 "Waschmittel" und "Seifenpulver" als vergleichbar gegenübergestellt.¹²⁹

Der Warenbegriff "Waschmittel" wurde bis etwa zum Jahre 1907 als eine erläuterungsbedürftige Angabe behandelt. Die Ware durfte nicht nach Gattungen angegeben werden. Sie mußte im Warenverzeichnis derart beschrieben werden, daß über den Umfang des beanspruchten Schutzes kein Zweifel aufkommen konnte; die Bezeichnung "Waschmittel" war (damals) zu ungenau; "Seife", "Seifenpulver", "Soda" wurden als bestimmt genug angesehen.¹³⁰ Daraus erklärt sich die Tatsache, daß Warenzeicheneintragungen vor 1907 in der Regel nicht das Wort "Waschmittel", sondern andere Angaben, wie "Seifenpräparate" oder "Boraxpräparate" enthielten. Erst die Eintragungen ab Ende des Jahres 1907 erfolgten auch für "Waschmittel".

129 Vgl. Ein Waschmittel im Fortschritt der Technik, Henkel-Lehrschriften, 1932, Band 2, S. 14 und ein Waschmittel im Fortschritt der Wissenschaft, 1938, S. 34

130 Worms, Der Warenzeichenschutz bei Erzeugnissen der chemischen Industrie, 1904, S. 14

2. Stellungnahme zur Rechtsprechung

Die zwei einsamen Entscheidungen des BGH, die sich mit dem technischen Fortschritt auch nur am Rande befassen, gestatten nicht die Annahme eines Gewohnheitsrechts.

Ein Gewohnheitsrecht kann sich als eine ungeschriebene Rechtsnorm aus einer Vielzahl entschiedener Fälle bilden. Außer einer langdauernden Übung ist eine Bestätigung durch das allgemeine Rechtsbewußtsein vonnöten; solange muß die Übung währen, bis sich die Überzeugung verfestigt, daß sie Rechtens sei. Keine dieser Voraussetzungen ist erfüllt. Es liegt mithin keine gesicherte Rechtsgrundlage vor. Das Gewohnheitsrecht ist ein Teil des gesamten positiven Rechts. Eine Lücke im Recht kann nur dann angenommen werden, wenn auch das Gewohnheitsrecht keine Auskunft gibt.¹³¹ Zu der Frage der Einwirkung des technischen Fortschritts auf das Warenverzeichnis hat sich kein Gewohnheitsrecht gebildet. Die zwei vereinzelt Entscheidungen des BGH lösen die gestellten Fragen gemäß der Fallgestaltung, ohne auf die allgemeine Problematik eingehen zu müssen.

Es ermangelt also einer sicheren Rechtsgrundlage.

Die Einwirkung des technischen Fortschritts auf

¹³¹ Vgl. Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 135, 137

das Warenverzeichnis war vom BGH im Rahmen der ihm obliegenden Warengleichartigkeitsprüfung zu beurteilen. Infolge des besonderen, sich aus dem patentamtlichen Widerspruchsverfahren entwickelnden Rechtszuges fehlen Entscheidungen der Instanzengerichte.¹³²

Der BGH legt seiner Entscheidung den *Warenoberbegriff* zugrunde. Dieser Begriff stößt auf Bedenken. Der Ausdruck "Oberbegriff" ist nach Schwaigers Auffassung abstrakt philosophisch.¹³³ Er umfasst zeichenrechtlich zugleich eine Sachgesamtheit. Die Formel "Waren-Oberbegriff" stellt danach etwas abstrakt Wesenhaftes dar. Unter wesentlich sind die charakteristischen Merkmale zu verstehen, die einem Oberbegriff notwendigerweise zukommen und ihn unmissverständlich zu dem machen, was er ist bzw. was er ausdrückt. "Oberbegriff" und "Sachgesamtheit" sind zwei unterschiedliche Begriffe. Die "Sachgesamtheit" legt Waren fest, die einem bestimmten Industriezweig angehören.

132 Hier besteht folgender Instanzenzug:
DPA Erstprüfer - Erinnerung (§ 12 a WZG)
DPA Zweitprüfer - Beschwerde (§ 13 Abs. 1 WZG)
BpatG - Rechtsbeschwerde (§ 13 Abs. 5 WZG)
BGH

133 Schwaiger, Der Zusammenhang der Warengleichartigkeit mit "Oberbegriff" und "Sachgesamtheit", GRUR 1970, 65, 66

Das Beispiel eines Oberbegriffes ist: Chemische Erzeugnisse. Eine Sachgesamtheit wäre die Angabe: Chemische Erzeugnisse für gewerbliche Zwecke. Einzelwaren sind Klebstoffe, Bleichmittel usw.. Nach Schwaiger gilt: Lautet ein Warenverzeichnis auf die Sachgesamtheit "Chemische Erzeugnisse für gewerbliche Zwecke", so umfaßt das Warenverzeichnis alles, was als chemisch wirksame Zwischenprodukte und Hilfsmittel industriellen Zwecken dient.

Der Ausdruck "Sachgesamtheit" findet sich im bürgerlichen Recht. Der "Waren-Oberbegriff" wird hingegen durchgehend im Warenzeichenrecht verwandt. Er ist eine abstrakte Grösse, die durch den Einsatz von Einzelwaren auszufüllen ist. Die Einzelwaren sind konkret. Sie können aber im Laufe der Zeit wechseln. Bei dem "Waren-Oberbegriff" handelt es sich um einen apriorischen Rechtsbegriff, der durch die Beziehung zu einem bestimmten Tatsachenmaterial gekennzeichnet ist.¹³⁴ Der Rechtsbegriff entfaltet sich voll erst an der Fülle der Rechtstatsachen, hier der Einzelwaren. Man kann diese Entfaltung im voraus ebensowenig erschöpfend abzählen wie die Tatsache, die man an den Rechtsbegriff heranzuführen wird. Die Sachgesamtheit stellt einen rechtlich relevanten Begriff dar, nämlich Tatsachen.¹³⁵ Der

134 Radbruch, Rechtsphilosophie, Seite 130

135 Radbruch, a. a. O., Seite 219

"Waren-Oberbegriff" des Warenzeichenrechts ist hingegen ein echter Rechtsbegriff. Ein solcher Begriff entsteht durch eine außerrechtliche Vorarbeit. Die Rechtswissenschaft leistet hier eine Begriffsarbeit zweiten Grades. Sie formt den außerrechtlichen Begriff bei der Übernahme um.

Von diesen terminologischen Schwierigkeiten abgesehen, stösst die Rechtsprechung des BGH aus anderen Gründen auf Bedenken. Diese Bedenken ergeben sich aus den vom Gericht gesetzten Voraussetzungen. Oberbegriffe sind etwa "Arzneimittel" oder "Pflanzenschutzmittel und Mittel zur Bekämpfung von schädlichen Tieren".¹³⁶ Darunter fallen die Spezialwaren "Tier- und Pflanzenvertilgungsmittel zum Einsatz in landwirtschaftlichen Kulturen" bzw. "Arzneimittel und chemische Erzeugnisse für Heilzwecke und Gesundheitspflege, nämlich balneo-therapeutische Präparate für Ganz- und Teilbehandlung, Umschläge, Waschungen und Spülungen und externe Therapeutika". Nur chemischen oder pharmazeutischen Grossbetrieben ist die Möglichkeit gegeben, ihr Produktionsprogramm in der Weise umfassend zu gestalten, daß diese Oberbegriffe tatsächlich ausgefüllt werden. Die im allgemeinen hergestellten Erzeugnisse sind viel spezieller als diese Oberbegriffe.¹³⁷

136 BPatG, Beschluß vom 7.8.1979, Mitt. 1979, 191

137 BPatG, a. a. O., Seite 192

Im Hinblick auf den Benutzungszwang zeigt sich die Unzulänglichkeit des warenzeichenrechtlichen Oberbegriffs als Ausgangspunkt einer Problemlösung: Wird z.B. ein Zeichen mit dem Wareneintrag "Spielwaren" nur für Plüsch-Spieltiere benutzt, so ist der Oberbegriff nicht im Warenverzeichnis aufrechtzuerhalten.¹³⁸

In diesem Betrieb kann im Hinblick auf den technischen Fortschritt der Waren-Oberbegriff nicht zugrundegelegt werden; das Zeichen wird nur für eine Untergattung benutzt.

Es besteht in der Rechtsprechung eine allgemeine Entwicklungsrichtung, das Warenverzeichnis eines Zeichens auf die konkreten Benutzungshandlungen zu beschränken. Ein Unternehmer hatte ein Zeichen für den Oberbegriff "Parfümerien, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege und ätherische Öle" eingetragen. Benutzt wurde das Zeichen für "Parfüm" und "Eau de Toilette".¹³⁹

Der Zeicheninhaber ist verurteilt worden, in die Löschung der Waren "Seifen" und "Mittel zur Körper- und Schönheitspflege", einzuwilligen. Das OLG Köln hatte in der Vorinstanz festgestellt, der Sammelbegriff gehe über den Oberbegriff noch hinaus;

138 BPatG, Beschluß vom 20.10.1976, BPatGE 19, 175, 177

139 BGH, "-TIGRESS-" WRP 1978, 813, 814

der Sammelbegriff "Mittel zur Körper- und Schönheitspflege" sei das typische Beispiel für einen zu weit greifenden, unbestimmten, erklärungsbedürftigen und daher notwendig aufzusplittenden Sachbegriff; ein Reservieren des gesamten Oberbegriffes für einen bestimmten Zeicheninhaber wird eine zu weitgehende Beschränkung aller übrigen Warenzeicheninteressenten herbeiführen; der Schutz eines solchen weiten Sammelbegriffes beziehe eine unübersehbare Zahl von Waren ein und höhle den Sinn des Benutzungszwanges aus.

Der Zweck des Benutzungszwanges ist es, das Zeichen auf einen solchen Schutzbereich zu beschränken, den es hätte, wenn die tatsächlich benutzte Ware im Warenverzeichnis eingetragen wäre.¹⁴⁰

Das zwingt dazu, das Warenzeichen im Lösungsverfahren auf die tatsächlich benutzten Waren zu beschränken. Die hier bemühte wirtschaftliche Betrachtungsweise soll andererseits dem berechtigten Interesse des Zeicheninhabers dienen, in seiner geschäftlichen Bewegungsfreiheit nicht ungebührlich eingeengt zu werden.¹⁴¹ Eine zu weitgehende Einschränkung des Oberbegriffes (etwa von Strumpfwaren auf

¹⁴⁰ Kraft, GRUR 1973, 495, 498

¹⁴¹ BGH, "-Trumpf-" GRUR 1974, 84, 88

Strickstrumpfwaren) ist zu vermeiden. Die Neufassung des Warenverzeichnisses ist schwierig. Fallen unter den Oberbegriff Waren, die mit der benutzten gleichartig oder ungleichartig sind, so kann eine Beibehaltung des Warenoberbegriffs unter Beschränkung auf die allein noch zulässigen, durch die Benutzung gedeckten Waren in Betracht kommen. Es kann auch die ersatzlose Löschung des Oberbegriffs angezeigt sein, wenn die benutzte Ware von einem weiteren, im Warenverzeichnis eingetragenen und darin verbliebenen Oberbegriff abgedeckt wird. So blieb der Oberbegriff "Parfümerien" erhalten. Zu dieser Warengattung gehören sowohl Parfümerien als auch Eau de Toilette. Offenbar gibt es danach sogar einen Waren-Oberoberbegriff. Denn "Parfümerien" und "Eau de Toilette" zählen zum Oberoberbegriff "Mittel zur Körper- und Schönheitspflege".

Die Rechtsprechung des BGH zum Oberbegriff bei der Teilnahme des Warenverzeichnisses am technischen Fortschritt ist nicht vereinbar mit seiner Rechtsprechung zum Oberbegriff bezüglich des Benutzungszwanges. Hinsichtlich der Einwirkung des technischen Fortschritts auf das Warenzeichenrecht mag der Oberbegriff, soweit er tatsächlich vorhanden ist, bei der Entscheidung eines Einzelfalles Hilfe bieten, um der Interessenlage des Zeicheninhabers gerecht zu werden. Diese Lösung steht jedoch auf einem "schwachen Rechtsboden". Denn nach der zum Benutzungs-

zwang ergangenen Rechtsprechung des BGH dürfen Oberbegriffe nur noch in seltenen Fällen im Warenverzeichnis enthalten sein. Lediglich Grossbetriebe können eine derartig umfassende Sortimentspalette anbieten. Bei einzelnen Warenklassen ist es nicht einmal Grossunternehmen möglich, die Oberbegriffe auszufüllen.

Der Rechtsprechung des BGH müßte stets die Prüfung vorausgehen, ob der Oberbegriff oder die sämtlichen Oberbegriffe einer Warenklasse tatsächlich warenmäßig benutzt werden. Die Rechtsprechung beruft sich auf etwas, was sie auf der anderen Seite verbietet. Diejenigen Zeicheninhaber, die sich bei der Ausgestaltung ihres Warenverzeichnisses gemäß der Rechtsprechung zum Benutzungszwang einrichten, haben das Nachsehen. Denn ihr technischer Entwicklungsspielraum ist gering. Er kann sich nur innerhalb der Bezeichnung der Spezialware entfalten. Diese kontroverse Rechtsprechung kann zur Konfrontation führen.

Die widersprüchliche Rechtsprechung kann den Zeicheninhaber verwirren. Sie gibt zu Bedenken Anlaß. Der Sinn der Rechtspflege ist Rechtssicherheit. Das für die Einheit der Rechtsordnung unerläßliche "innere" System¹⁴² erscheint als gestört. Das Zusammenspiel zweier gleichgewichtiger Prinzipien,

142 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 458, 460, 473

nämlich die Erfassung der neuen Ware durch den Oberbegriff und damit die Anerkennung seines Wertes einerseits und der gegen die Eintragung und Aufrechterhaltung eines Oberbegriffes gerichtete Grundsatz auf der anderen Seite, ist nicht gewahrt. Der Gegensatz in der Rechtsprechung ist unversöhnlich. Das Einheitsprinzip verlangt gerade das Ausräumen von Widersprüchen innerhalb der Rechtsordnung.¹⁴³ Der Warenzeicheninteressent ist unsicher: Soll er der künftigen technischen Entwicklung wegen einen Oberbegriff eintragen lassen, auch auf die Gefahr hin, daß ihm dieser Oberbegriff durch eine Löschungsklage, die zudem als Popularklage von jedermann erhoben werden kann, auf die tatsächlich benutzte Ware zusammengestrichen wird? Der Benutzungszwang führt dazu, daß der warenzeichenrechtliche Entwicklungsspielraum eingeengt wird. In dem genannten, vom BGH beurteilten Fall hätte das Warenverzeichnis lauten müssen: "Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, nämlich Parfüms und Eaux de Toilettes".

Das wird dem Zeicheninhaber aber nicht zugestanden. Da "Parfüms" und "Eaux de Toilettes" unter den Oberbegriff "Parfümerien" fallen, hat er keinen Anspruch auf die Eintragung bzw. Beibehaltung eines weitergehenden Oberbegriffs.¹⁴⁴

143 Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 156

144 BGH, a. a. O., Seite 814 rechte Spalte

Der Zeicheninhaber, der sich entsprechend dem TIGRESS-Urteil verhält, wird bestraft; ihm ist eine Toleranz verschlossen. Er hat keine zeichenrechtliche Ausweichmöglichkeit im Rahmen des Warenverzeichnisses.

Es fragt sich, ob die Rechtsprechung des BGH, die auf den Warenoberbegriff abstellt und zudem verlangt, daß sämtliche Oberbegriffe einer Warenklasse im Warenverzeichnis enthalten sind, mit dem Gleichheitssatz Art. 3 Grundgesetz vereinbar ist.

Eine Ungleichbehandlung der Zeicheninhaber könnte in zweifacher Hinsicht gegeben sein:

- a) Grossbetriebe (etwa Chemiekonzerne) werden begünstigt. Mittlere und kleinere Firmen können wegen des Benutzungszwanges nicht sämtliche Oberbegriffe einer Warenklasse geschützt halten.
- b) Die Inhaber älterer Warenverzeichnisse werden bevorzugt. Seinerzeit, etwa vor 70 oder 80 Jahren, wurden umfassende Warenverzeichnisse unbedenklich eingetragen und konnten auch als solche weitergeführt werden.

Der Gleichheitssatz fordert nun nicht, daß die einzelnen gesellschaftlichen Gruppen unbedingt

gleichmäßig behandelt werden. Er läßt Differenzierungen zu.¹⁴⁵

Gleichheit und Identität dürfen nicht verwechselt werden. Gleichheit unterscheidet sich dadurch von der Identität, daß sie immer relativ ist. Was völlig gleich ist, ist identisch. Art. 3 Abs. 1 des GG meint aber nicht Identisches, sondern relativ Gleiches. Daher ist bei einer Anwendung des Art. 3 Abs. 1 GG stets zu fragen: In Bezug auf welche Orientierungsgröße gleich? Eine Vergleichung ist nur möglich mit Hilfe eines Vergleichsmaßstabs, eines tertium comparationis. Die Schwierigkeit besteht darin zu bestimmen, welcher von mehreren Maßstäben oder Bezugspunkten rechtlich erheblich ist. Eine Verletzung des Gleichheitssatzes liegt erst dann vor, wenn von einer Gleichwertigkeit der Merkmale bei den zu vergleichenden Objekten ausgegangen wird, aus anderen Gründen aber verschiedene Rechtsfolgen an die Merkmale geknüpft werden.¹⁴⁶

Wenn der BGH auch einen eindeutigen Vergleichsmaßstab nicht herausstellt, insbesondere keine systemtragenden Prinzipien mitteilt, so ist eine Verfassungswidrigkeit gleichwohl zu verneinen.

145 Leibholz und Rinck, Grundgesetz, Seite 71

146 Schmidt-Bleibtreu und Klein, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 3 Rdn. 43

Denn ein verfassungsrechtlicher Verstoß der Rechtsprechung kommt erst dann in Betracht, wenn einzelne Entscheidungen so sehr die Bahnen einer organischen Fortentwicklung der Rechtsprechung verlassen, daß sie als willkürlich bezeichnet werden müssen.¹⁴⁷

Außerdem sind die Würdigung eines Sachverhalts und die Anwendung eines Gesetzes erst dann verfassungswidrig, wenn die Grundrechte eines Einzelnen verletzt werden. Das ist gegeben, wenn die Rechtsanwendung auf sachfremden Erwägungen beruht.

Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt eine am Gerechtigkeitsdenken oder am Gerechtigkeitsgedanken orientierte Betrachtungsweise als maßgeblich für den Gleichheitsgrundsatz erklärt. Das kann eine Leerformel sein, die sich in Anbetracht des axiomatischen Charakters der Gerechtigkeit unterschiedlich erklären läßt. Es bedarf einer inhaltlichen Ausformung der Gerechtigkeitsvorstellung. Auch Ersatzmaßstäbe können dem Richter nicht immer als Orientierung dienen. Ein brauchbarer Vergleichsmaßstab läßt sich allenfalls aus dem Systemgedanken, aus dem systemtragenden Prinzip, der Grundwertung, Motivation oder Zweckvorstellung des Gesetzgebers

147 Leibholz und Rinck, a. a. O., Seite 80

ableiten. Ist aber zur Einwirkung des technischen Fortschritts auf das Warenverzeichnis ein Prinzip des Gesetzgebers nicht erkennbar, so ist zwar die gesetzliche Folgerichtigkeit gestört. Dieser Fehler des Gesetzes mag eine Verletzung des Gleichheitssatzes indizieren. Auf Seiten der Rechtsprechung liegt eine Verletzung des Gleichheitssatzes jedoch nicht vor, solange keine unterschiedliche Wertung gleicher Sachverhalte geschieht. Das Gericht entscheidet immer nur den Einzelfall. Es ist nicht seine Aufgabe, generelles Recht zu setzen. Das Aufstellen einer allgemeinen Regelung zur Durchsetzung des Gleichheitssatzes in der Verfassungswirklichkeit, nämlich im Einwirkungsbereich des technischen Fortschritts auf das Warenverzeichnis, obliegt allein dem Gesetzgeber. Angesichts der gegebenen Rechtssicherheit in Beziehung des technischen Fortschritts zum Warenverzeichnis verhält sich die Rechtsprechung defensiv; sie ist nicht rechtschöpferisch.

II. Das Schrifttum

1. Der Warenoberbegriff als Entscheidungshilfe

Unter der Überschrift "Entwicklungsfähigkeit älterer Warenverzeichnisse" erklärt MIOGA¹⁴⁸, die Tatsache, daß eine Warenbenennung im Warenverzeichnis fehle, lasse nicht ohne weiteres den Schluß zu, daß sich der Zeichenschutz nicht auf sie ausdehne. Der Autor nennt eine neuere Warenbezeichnung, die zur Zeit der Eintragung noch nicht gebräuchlich war. Zur Begründung geht er auf die oben erwähnte Rechtsprechung des BGH und des Bundespatentgerichts ein, nach der selbst Waren, die zur Zeit der Eintragung noch nicht existierten, von einem Warenverzeichnis umschlossen wurden, das allgemein gehaltene Warenbegriffe einer Warenklasse vollständig enthält. Eine Teilnahme an der technischen Fortentwicklung sieht er danach in positiver Hinsicht als gegeben an, wenn die geschützten Warenkategorien durch den Fortschritt eine Erweiterung erfahren haben. Der Begriff einer Erweiterung muß als zu allgemein erscheinen. Der Ausdruck Erweiterung kann auch zu irrtümlichen Folgerungen verleiten. Denn das Warenverzeichnis ist nicht erweiterungs-

¹⁴⁸ MIOGA, Benutzungszwang für Warenzeichen, S. 28

fähig. Eine Beschränkung des Schutzbereichs hält er ebenfalls für denkbar, wenn die technische Entwicklung in entgegengesetzter Richtung verläuft. Eine Schrumpfung des Warenverzeichnisses wäre indes die Folge eines technischen Rückschritts, der nicht auszuschließen ist, der aber nicht vom Thema der Arbeit umfaßt wird.

In seiner Anmerkung zum Urteil des BGH vom 25.6.1965¹⁴⁹ weist UTESCHER darauf hin, daß sich dem Bundesgerichtshof eine Sonderfrage gestellt hat, ob ein eingetragener Waren-Oberbegriff an der technischen Entwicklung teilnimmt. UTESCHER verteidigt die Entscheidung des BGH. Als Argument führt er an, daß andernfalls Zeichen, die in ihrem Warenverzeichnis veraltete Warennamen und Bezeichnungen für technisch überholte Erzeugnisse enthalten, nach und nach schutzlos würden. Vielfach seien nämlich an die Stelle der technisch überholten neuzeitliche Produkte getreten, die in ihrer Funktion und ihrer Bestimmung den früheren Erzeugnissen gleichgeartet oder wesensgleich seien. Die von UTESCHER herausgestellte Sonderfrage wurde zuvor von der Rechtsprechung nicht behandelt. Sie konnte auch nur im Rahmen von zeichenrechtlichen Streitfragen einem Gericht zur Entscheidung angetragen werden. Das darf aber nicht darüber täuschen, daß es sich um eine isolierte Frage handelt. Zugleich bestätigt UTESCHER die in dieser

149 UTESCHER, GRUR 1965, Seite 674, 676

Arbeit vertretene Auffassung, daß die Einwirkung des technischen Fortschritts auf das Warenverzeichnis nicht mit den Kategorien der Waren-gleichartigkeit gelöst werden kann.

SCHLÜTER¹⁵⁰ trägt vor, daß in patentamtlichen bzw. -gerichtlichen Widerspruchsverfahren oft die Frage aufgeworfen wird, wie der Schutzzumfang solcher Zeichen zu bemessen ist, die vor Jahren mit Warenbegriffen eingetragen worden sind, deren Inhalt inzwischen aber eine grundlegende Umwandlung oder Fortentwicklung erfahren hat. Er nennt folgendes Beispiel: Ist etwa ein Zeichen im Jahre 1920 für die Ware "chemische Produkte für industrielle Zwecke" geschützt worden, so stellt sich die Frage, ob ein solches Zeichen heute auch für Kunststoffwaren Schutz genießt. Für ein in der Klasse 22 a bzw. 22 b der früheren amtlichen Warenklasseneinteilung eingetragenes älteres Zeichen ist es fraglich, ob sein Warenverzeichnis "Geigerzähler" mit umfaßt. Einen anderen Fall trägt der Autor vor: War ein Zeichen im Jahre 1925 für Waren der damaligen Klasse 22 b geschützt worden, so kann es zweifelhaft sein, ob das Warenverzeichnis auch die erst später entwickelten Fernsehgeräte deckt.

150 SCHLÜTER, Aktuelle Fragen der Warengleichartigkeit, MA 1962, 581 ff.

In einem anderen Falle taucht die Frage auf, ob bei Zeichen, die um die gleiche Zeit für "Gummi-ersatzstoffe" oder "Waren aus Zelluloid" eingetragen worden sind, die Warenverzeichnisse auf die modernen Kunststoffe und die daraus hergestellten Waren ausgedehnt werden können.

Dazu erklärt SCHLÜTER, man könne zwar die Auffassung vertreten, daß entsprechend dem Willen des Anmelders zur Zeit der Anmeldung oder der Eintragung der Schutz nur solche Waren umfassen könne, die im Bereich der damaligen Willensäußerung bzw. "Offenbarung" des Anmelders liegen. Auf Waren, deren Existenz und Entwicklung aber zur Zeit der Anmeldung und der Eintragung noch gar nicht vorauszusehen waren, könne sich die Willensrichtung des Anmelders nicht erstrecken, daher könne auch der Schutz nicht über die damalige Willensrichtung des Anmelders hinaus greifen. Gegen diese Vorstellung wendet SCHLÜTER ein, zwar könne der Anmeldung eine Willenserklärung des Anmelders zugrunde liegen. Wichtiger ist nach seiner Meinung jedoch, daß mit der Eintragung ein Staatsakt nachfolgt, der unabhängig vom Willen des Anmelders bestehe und fortwirke, so daß es für die Bestimmung des Schutzbereichs auf die Willenserklärung des Anmelders nicht mehr ankomme. Dem könne allerdings wieder entgegengehalten werden, fährt der Autor fort, daß von diesem Standpunkt

aus der Wille des schutzbegründenden Staates an die Stelle der Willensoffenbarung des Anmelders trete, daß aber auch der Staat keinen Schutz für Waren zu begründen vermöge, deren Existenz bzw. Entwicklung zur Zeit der Eintragung noch nicht vorauszu- sehen war; eine solche Ausdehnung des Schutzbereiches liege nicht im Willen des Staatsaktes. Diesen Gesichtspunkten hält SCHLÜTER entgegen: Die meisten Warenbegriffe, insbesondere Sammelbegriffe wie "chemische Erzeugnisse für gewerbliche Zwecke", "ärztliche, gesundheitliche Geräte", "physikalische, chemische, optische und elektrotechnische Geräte" enthalten einen natürlichen Spielraum. Wenn ein Warenzeichen mit derartigen Sammel- (Gattungs-)begriffen angemeldet wird, so nimmt der Warenzeichenanmelder nicht nur den derzeitigen Bestand des Warenbegriffes in Anspruch, sondern auch den Spielraum, den der allgemeine Gattungsbegriff gewährt. SCHLÜTER läßt es dahingestellt sein, ob man zur Bestimmung des Schutzzumfanges auf den Willen des Anmelders oder auf die Willensrichtung der eintragenden Behörde abzustellen habe. In jedem Falle decke die Anmeldung die beweglichen Grenzen, die in dem gewählten Gattungsbegriff dargeboten werden. In diesen Grenzen liege aber nicht nur ein Spielraum für die Auslegung, die auf die Verhältnisse zur Zeit der Anmeldung abzustellen hätte, sondern auch ein Entwicklungsspielraum, der sich nach der späteren technisch-wirtschaftlichen Fortentwicklung

richte. Dieser Entwicklungsfaktor wird von der Willensrichtung des Anmelders bzw. des die Eintragung verfügenden Patentamtes von vornherein mit umfaßt, ohne daß eine konkrete Vorstellung über die Entwicklungsmöglichkeiten erforderlich wäre. Nach dieser Meinung steckt in jedem gewählten Waren-Gattungsbegriff gewissermaßen eine Art Blankoscheck auf die Zukunft, der erst im Laufe der weiteren Entwicklung eingelöst werde und vom Willen des Anmelders und des Patentamtes nur in seiner Eigenschaft als Blankoscheck, nicht aber in der Realisierung und Konkretisierung des späteren Ablaufes erfaßt zu werden brauche.

Allein diese Behandlung eingetragener Warenzeichen im Hinblick auf den technischen Fortschritt entspricht nach SCHLÜTER den Bedürfnissen einer vernünftigen Praxis. Denn wollte man den Warenumfang eines Zeichens auf den Warenbegriffsinhalt zur Zeit der Eintragung beschränken, so wäre der Zeicheninhaber genötigt, durch fortlaufende Neuansmeldungen den ursprünglich eingetragenen Warenbestand der fortschreitenden technisch-wirtschaftlichen Entwicklung anzupassen.

Die "Weiterentwicklung" eines eingetragenen Warenverzeichnisses mit dem wirtschaftlich-technischen Fortschritt bringt, darauf weist SCHLÜTER hin, nicht nur eine entsprechende Ausweitung von Sammelbegriffen mit sich. Sie führt unter Umständen

auch zu einer Ergänzung von Warenverzeichnissen außerhalb derartiger Begriffe. Denn oft wird das Warenverzeichnis in der Weise gewählt, daß alle Waren einer oder mehrerer Klassen der amtlichen Warenklasseneinteilung vollständig und wörtlich übernommen werden. Werden nun im Zuge der technischen Entwicklung neue Waren geschaffen, die nicht unmittelbar den Warenbegriffen der amtlichen Warenklasseneinteilung entsprechen, aber nach ihrem Charakter zwanglos zu den Waren der gewählten Klassen gehören, so umfaßt das auf den Wortlaut der amtlichen Warenklasseneinteilung abgestimmte Warenverzeichnis auch die neuen Waren. Fernsehgeräte erscheinen als solche zum Beispiel in keiner Warenklasse der amtlichen Warenklasseneinteilung. Sie werden in Klasse 9 ausgezeichnet, weil sie den dort genannten Waren "elektrische Geräte" nahestehen. Ein älteres Warenzeichen, das für sämtliche Waren der Klasse 9 geschützt ist, hat damit unmittelbaren Schutz für Fernsehgeräte, mögen sie auch im Warenverzeichnis nicht ausdrücklich genannt sein. Begegnet ein solches Zeichen etwa im Widerspruchsverfahren einem ausdrücklich für Fernsehgeräte bestimmten jüngeren Zeichen, so besteht Warengleichheit in dem Sinne, daß das Warenverzeichnis des Gegenzeichens die Ware des jüngeren Zeichens unmittelbar umfaßt, weil das ältere Zeichen kraft seiner allgemeinen Eintragung für alle Waren der Klasse 9 auch für Fernsehgeräte als eingetragen gilt. Diese Eintragung steht

gewissermaßen "zwischen den Zeichen" des gesamten Warenverzeichnisses der Klasse 9. SCHLÜTER bezeichnet es als eine Frage des Einzelfalles, ob der von ihm aufgezeigte Grundsatz auch bei einer Eintragung nur für eine Gruppe von - der amtlichen Warenklasseneinteilung wörtlich entnommenen - Waren angewandt werden könne.

SCHLÜTER¹⁵¹ zeigt auf, daß Schwierigkeiten dadurch entstehen können, daß die Mehrzahl der Warenbegriffe Grenzbereiche enthält, die zu anderen Begriffen tendieren und nicht ohne weiteres eindeutig abgegrenzt werden können. Zwar könne bei der Grenzziehung in erster Linie die Verkehrsauffassung zu Rate gezogen werden. Dem steht aber entgegen, daß die amtliche Warenklasseneinteilung sich nicht an die Terminologie der Verkehrsauffassung, insbesondere des Fachverkehrs, hält. Wollte man sich mit SCHLÜTER lediglich nach der Sprache des Verkehrs ausrichten, ohne die besondere Sprachregelung der Warenklasseneinteilung zu berücksichtigen, so würde man vielfach zu unangemessenen Ergebnissen gelangen. Die mit Gesetzeskraft ausgestattete amtliche Warenklasseneinteilung hat den Vorrang vor den aus der Sprache des Verkehrs gewonnenen Maßstäben.

151 SCHLÜTER, a. a. O., S. 583, 584

SCHLÜTER weist auf wichtige allgemeine Begriffe hin, die in dieser Form dem Verkehr kaum geläufig sind, wie etwa die Sammelbegriffe "chemische Erzeugnisse für gewerbliche Zwecke" und "Waren aus Zellhorn (Zelloloid) und ähnlichen Stoffen". In einer Entscheidung des Bundespatentgerichts¹⁵² wird eingeräumt, daß die Warenbenennung "chemische Erzeugnisse für industrielle Zwecke" in der chemischen Fachsprache und in der Chemiewirtschaft ungebräuchlich ist, daß ferner eine befriedigende Bestimmung dessen, was im warenzeichenrechtlichen Sinne unter "chemische Erzeugnissen für den industrielle (bzw. gewerbliche) Zwecke" zu verstehen sei, dem Senat nicht bekannt sei und angesichts der Vielgestaltigkeit und ständigen Weiterentwicklung dieses Warengebietes auch nicht erschöpfend gegeben werden könne. Bei der Bestimmung von Begriffen dieser Art wird die Verkehrsauffassung nur in geringem Umfange als Erkenntnisquelle verwertet werden können. Wichtiger ist hier die Ermittlung dessen, was der Gesetzgeber bei der Abgrenzung dieses Warenbegriffs von anderen Warenbenennungen der amtlichen Warenklasseneinteilung gewollt hat. Aber auch sonst kann die Verkehrsauffassung immer nur unter Vorbehalt, nämlich unter besonderer Berücksichtigung der Terminologie der amtlichen Warenklasseneinteilung, herangezogen werden. Beispielsweise wird der Verkehr unter "Bekleidungsstücken" weitgehend auch Stiefel, Schuhe

152 2a-Beschwerdesenat, Bl. f. PMZ 1957, S. 287

und Hausschuhe verstehen. Der Oberbegriff "Bekleidungsstücke" (Klasse 25) umfaßt jedoch trotz des Wortes "einschließlich" nicht diese Waren. Die Nennurg dieser Waren hinter "einschließlich" bildet nur einen Klassifizierungshinweis. Der Begriff der "Musikinstrumente" (Klasse 15) mag in der Umgangssprache auch Plattenspieler und Rundfunkgeräte umfassen. Die Aufnahme dieser Waren in die Klasse 9 zeigt aber, daß der Gesetzgeber eine andere Sprachregelung gewollt hat. Manche Begriffe, wie etwa der Ausdruck "Fahrradzubehör" mögen in den einschlägigen Verkehrskreisen klare Warenbegriffe darstellen und als hinreichend bestimmt angesehen werden. In der amtlichen Warenklasseneinteilung werden sie dagegen als erläuterungsbedürftig erklärt, da sie Waren der verschiedensten Klassen umfassen. Diese Beispiele, darauf weist SCHLÜTER hin, ließen sich um ein Vielfaches vermehren. Sie zeigen in jedem Falle, daß die Ausdrucksweise und Begriffsbestimmung des Verkehrs nur sekundär, nämlich im Rahmen der vorrangigen Begriffsbildung der amtlichen Warenklasseneinteilung, berücksichtigt werden können.

Nach Schlüter lassen sich Abweichungen von der Terminologie des Verkehrs vielfach auch aus anderen Gründen nicht vermeiden. So war die aus dem Jahre 1936 stammende amtliche Warenklasseneinteilung lückenhaft. Der wirtschaftlich-technische Fortschritt läßt sich in einer derartigen statischen Klassifizierung nicht immer zwang-

los erfassen. So ergibt sich die unabwiesbare Notwendigkeit, einzelne Waren gesetzlichen Begriffen zu- und unterzuordnen, die nach der Verkehrsanschauung diese Waren kaum zu decken vermögen. Die heute so wichtigen Kunststoffe erscheinen als solche an keiner Stelle der amtlichen Warenklasseneinteilung. So müssen die anderen Warenbegriffen zugeordnet werden, die für eine solche Zuordnung gar nicht oder nur bedingt geeignet sind. Kunststoffe im Rohzustand werden den "chemischen Erzeugnissen für gewerbliche Zwecke" (Klasse 1) zugewiesen, während Kunststoffe als Halbfabrikate weitgehend in Klasse 17 untergebracht werden. Aschenbecher und Tabakdosen fallen als Raucherartikel in Klasse 34; sind sie als Edelmetall oder damit plattiert, gehören sie in die Klasse 14. Fenster und Türen werden mangels eines eigenen passenden Begriffs in Klasse 19 dem Begriff "Baustoffe" zugeordnet, obwohl der Verkehr sie nicht den Baumaterialien zurechnet. Sind sie aus Metall, zählen sie zur Klasse 6.

SCHLÜTER erklärt, daß der Zwang zur Zuordnung von Waren zu einem der in der amtlichen Warenklasseneinteilung gewählten Begriff zu erhöhter Bedeutung der patentamtlichen bzw. -gerichtlichen Klassifizierungspraxis führt.

Der Anmelder wählt sein Warenverzeichnis im Vertrauen auf eine der Übung entsprechende Auslegung des gewählten Warenbegriffs. Häufig wird er unter Hinweis auf die patentamtliche Terminologie zu Änderungen und Umstellungen seines Warenverzeichnisses veranlaßt.

Die Standard-Kommentare zum Warenzeichengesetz von Busse, Baumbach-Hefermehl und Althammer enthalten nicht einmal das Wort "technischer Fortschritt". In anderen Kommentaren wird nur kurz darauf hingewiesen, daß das Warenverzeichnis an der technischen Entwicklung teilnimmt.¹⁵³

2. Das Verhältnis des Warenverzeichnisses zum technischen Fortschritt unter dem Benutzungszwang

Heil¹⁵⁴ befaßt sich - im Rahmen des Benutzungszwanges - mit der Frage einer Subsumtion der tatsächlich benutzten Ware unter einen der im Warenverzeichnis aufgeführten Warenbegriffe. Seine Ausführungen sind für unsere Frage einer

153 V. Gamm, Warenzeichengesetz, 1965, S. 135

154 Heil, Die Ware und der Benutzungszwang im Zeichenrecht, GRUR 1975, S. 155 ff.

Weiterbenutzung eines eingetragenen Zeichens für die neue Ware des technischen Fortschritts von Bedeutung. Denn auch hier tritt die Frage einer Subsumierbarkeit der benutzten Ware unter die im Warenverzeichnis enthaltenen Warenbegriffe auf. Für die neue Ware unserer Arbeit steht die benutzte Ware. Die Probleme ähneln sich. Heil verweist auf eine Entscheidung des Deutschen Patentamtes. Dort war ein Zeichen für die Waren "Eier, Milch, Butter, Käse, Margarine, Speiseöle und Speisefette, Mayonnaise" eingetragen. Tatsächlich wurde das Zeichen aber für die Ware "Tomaten-Ketchup" verwendet. Die Prüfungsstelle des Patentamtes hat diese "neue" Ware nicht den im Warenverzeichnis enthaltenen Warenangaben zugeordnet.¹⁵⁵ Dazu wurde folgende Begründung gegeben:

"Tomaten-Ketchup" ist ein feingewürztes, streichfähiges Tomatenmark, das als würzende Beigabe verwendet wird. Auf Grund dieser Beschaffenheit und seines Verwendungszwecks wird es vom Verkehr als Gewürz, vielleicht auch als Obst- bzw. Gemüseerzeugnis angesehen. Dieser Auffassung entspricht die Einordnung dieser Ware in die amtliche Warenklasseneinteilung. Sie erfolgt heute als Gewürz in die Klasse 30, nach der früheren nationalen Klasseneinteilung jedoch nach Klasse 26 a als Gemüse. Mit Sicherheit läßt sich Tomaten-Ketchup jedenfalls keinem der Warenbegriffe unterordnen Andererseits kann aber auch

155 Patentamtliches Aktenzeichen M 35 623/29 WZ

die Ware Tomaten-Ketchup keine Berücksichtigung finden, da sie im Warenverzeichnis des älteren Zeichens nicht enthalten ist ...".

In einem anderen Falle war ein Zeichen für die Waren "Obstkonserven, Schokoladen, Zuckerwaren, Backwaren, Schokoladewaren"¹⁵⁶ geschützt. Eingesetzt war es für die Waren "Zitronat und Orangeat". In seiner Entscheidung hat das Patentamt die Waren "Zitronat" und "Orangeat" nicht den eingetragenen Warengruppen zugerechnet. Es hat unter anderem erklärt: "Obstkonserven" in luftdicht verschlossenen Behältern seien haltbar gemachte Obsterzeugnisse; bei "Zitronat" und "Orangeat" handele es sich dagegen um kandierte Fruchtteile, die zum Teil vom Verkehr überhaupt nicht als Obsterzeugnisse angesehen würden; auch wenn die genannten Waren mit "Obstkonserven" gleichartig seien, was hier nicht zu prüfen sei, lägen keine Waren vor, für die das Zeichen eingetragen sei.

Heil weist darauf hin, daß in verhältnismäßig vielen Fällen Warenzeichen für andere Waren benutzt werden, als sie im Warenverzeichnis genannt sind. Das habe seinen Grund in der Sorglosigkeit in Bezug auf die Abfassung des Warenverzeichnisses. Auch der Auslegung der Warenbegriffe habe man zu wenig Beachtung geschenkt. Das sei aber

156 Patentamtliches Aktenzeichen E 16 627/30 WZ

bis zur Einführung des Benutzungszwanges in der Bundesrepublik Deutschland auch nicht nötig gewesen. Erst mit der Einführung des Benutzungszwanges habe sich der Ausgangspunkt der Verteidigung geändert. Voraussetzung für eine Verteidigungsmöglichkeit eines Zeichen sei nunmehr, daß die tatsächlich benutzte Ware im Warenverzeichnis enthalten ist. Es ist jetzt danach erforderlich, den eingetragenen Warenbegriff genauer zu definieren. In diesem Zusammenhang verweist Heil auch auf die AGYN-Entscheidung des BGH. Er fordert, daß die Teilnahme eines Warenverzeichnisses an der technischen Fortentwicklung nicht darauf beschränkt werden dürfe, daß das Warenverzeichnis eine vollständige Aufzählung aller Warenbegriffe einer Warenklasse der amtlichen Klasseneinteilung enthalte. Das gleiche Ergebnis müsse auch dann eintreten, wenn das Warenverzeichnis nur aus einem Warenbegriff bestehe und dieser Begriff sich zwischen Eintragung und Zeitpunkt der Beurteilung fortentwickelt und erweitert habe. Auch die zu dem ursprünglichen Warenbegriff hinzugekommenen Waren seien dem Warenverzeichnis und damit dem zugehörigen Zeichen zuzurechnen.

Heil¹⁵⁷ wendet sich gegen eine zu liberale Auslegung des Warenbegriffs. Er meint allerdings im Grundsatz, daß alles getan werden sollte, um

157 a.a. O., Seite

redlich erworbenen Zeichenbesitz möglichst zu erhalten. Einer großzügigeren Auslegung des Warenbegriffs sind aber nach seiner Ansicht "bei der Berücksichtigung der rechtlichen Zusammenhänge auch zugunsten der Wirtschaft" enge Grenzen zu setzen. Danach dürfen unter den Warenbegriff "Waschmittel" nicht die Waren "Autowaschmittel", "Maschinenwaschmittel", "Handwaschmittel", "Gebäudewaschmittel" subsumiert werden; sonst würde eine Unruhe und Unsicherheit auf viele Jahre hinaus nicht zu vermeiden sein. Die Warenangabe "Waschmittel" soll danach nur einem "Wäsche-Waschmittel" vorbehalten sein.

Munzinger¹⁵⁸ weist darauf hin, daß jede Einzelware im allgemeinen mehreren Warenoberbegriffen angehört. Das erschwert die Subsumtion. Die Warenbegriffe stellen ihrerseits ein vertikal und horizontal gestaltetes Gefüge auch einander überschneidender Begriffssphären dar. Jede Einzelware bildet den Schnittpunkt mehrerer Linien, die über unterschiedliche Zwischenbegriffe reichen und in die jeweils allgemeinsten Oberbegriffe einmünden. "Die Vielfalt der Ordnungen und der Bezüge zwischen den einzelnen Warenbegriffen wird gesteigert durch die Verschiedenartigkeit der für die Begriffsbildung verwendeten Gattungsmerkmale". Die amtliche Warenklasseneinteilung¹⁵⁹

158 Munzinger, Warenbegriffe in der Benutzungsprüfung, Mitt. 1972, 181, 182

159 Ein anderes Ordnungswerk der Waren ist die Klassifikation des Deutschen Zolltarifs

versucht, die "natürlichen" Warenbegriffe zu systematisieren, indem sie die Vielfalt der Einordnungsmöglichkeiten für jede Einzelware nach oben und unten eindämmt.¹⁶⁰ Munzinger erkennt, daß es Waren gibt, die unter keinen der Warenbegriffe des amtlichen Klassenschemas fallen.¹⁶¹

Im Hinblick auf den technischen Fortschritt erklärt Munzinger, daß durch die Bindung der Warenverzeichnisse das Problem der "wachsenden Warenbegriffe" entsteht.¹⁶² Unter diesem Ausdruck versteht er den Umstand, daß sich der Umfang einer Warengattung (Warenbegriff) seit der Eintragung des Zeichens als Folge der technischen Entwicklung vergrößert hat. Munzinger zitiert die oben erwähnte Entscheidung des Bundespatentgerichts.¹⁶³ Er gibt dem Leser indes keine Auskunft, wie diese durch den technischen Fortschritt bewirkte Ausdehnung der Warenbegriffe generell zu definieren ist. Leider lassen seine Ausführungen nicht erkennen, bis zu welchen Grenzen im Warenverzeichnis enthaltene Warenbegriffe die neue Ware des technischen Fortschritts auf- fangen können, ohne überfordert und damit unbrauch-

160 Munzinger, a. a. O., S. 183

161 Munzinger, a. a. O., S. 184

162 Munzinger, a. a. O.

163 Fußnote 136

bar zu werden. Die nur beiläufigen Bemerkungen Munzingers zum technischen Fortschritt können auch nicht berücksichtigen, daß sich der technische Fortschritt nicht innerhalb der (möglicherweise dehnbaren) Grenzlinien der in der amtlichen Warenklasseneinteilung fixierten Warenbegriffe abspielt. Die technische Expansion macht nicht bei den Oberbegriffen halt. Sie verläuft als ein natürliches Ereignis, sogar die einzelnen Warenklassen überschreitend, durch das künstliche Gebilde der Warenklassifikation.

Munzinger sieht die zukünftige Einordnung einer Einzelware in die vorhandenen Oberbegriffe in den Fällen bedeutungsvoll werden, in denen sich die eingetragene Warengattung und die benutzte Einzelware begrifflich nicht decken. Der BGH hat zu diesem Problem im "Slip"-Urteil¹⁶⁴ festgestellt:

"Der bloße Umstand, daß (die Zeicheninhaberin) in ihrem Geschäftsbetrieb tatsächlich eine Reihe solcher Produkte führt oder zu führen beabsichtigt, rechtfertigt es nicht, dem Zeichen 'Slip' Schutz für den genannten außerordentlich umfangreichen Bereich 'chemisch-technische Produkte' zuzubilligen. Denn dann hätte es ein Zeichenanmelder in der Hand, sich durch Eintragung eines umfassenden Oberbegriffs für ein Warensortiment einen ungerechtfertigt weiten Zeichenschutz zu verschaffen."

164 BGH, Urteil vom 27.6.1969 - SLIP - GRUR 1969, 604, 606: Das Zeichen war für "chemisch-technische Produkte" eingetragen, eine Benutzungsabsicht war hingegen nur für spezielle Lacke und andere Anstreichmittel glaubhaft dargetan.

Der BGH hat sodann eingeräumt, das Warenverzeichnis könne ausnahmsweise einen solchen Sammelbegriff ausweisen. Aber auch dann darf der Inhaber (in Zeichenstreitigkeiten) nur diejenigen unter den Sammelbegriff fallenden Einzelwaren zugrundelegen, die er führt oder auf die sich nachweislich das Fertigungsprogramm binnen angemessener Zeit erstrecken wird. Wenn für den BGH hier auch keine Veranlassung zu einer Teilkaduzierung des Warenverzeichnisses bestand, belegt die Entscheidung den im Vordringen begriffenen Trend, einer Eintragung umfassender Warenoberbegriffe zu begegnen.

Heil¹⁶⁵ befaßt sich mit dem von Munzinger geprägten Begriff der Integration. Das bedeutet: Welche übergeordneten Warenbegriffe im Warenverzeichnis deckt die Benutzung des Zeichens für eine Einzelware? Ist also der Benutzer in der Verteidigung seines Zeichens auf die von ihm ganz konkret eingesetzte Einzelware beschränkt, oder kann er von dem Warenbegriff ausgehen, der im Warenverzeichnis seines Zeichens steht und unter den seine benutzte Einzelware zu subsumieren ist? Die in den Warenverzeichnissen stehenden Warenangaben sind in der Regel übergeordnete Warenbegriffe, Oberbegriffe oder Namen von Warengattungen, deren Schutzzumfang logischerweise größer ist als der der benutzten Einzelware.

165 Heil, a. a. O.

Als Beispiele führt Heil an: Das Zeichen enthält in dem Warenverzeichnis die alleinige Angabe "Spielwaren"; Das Zeichen wird aber tatsächlich benutzt für "Plüschtiere". Die Ware "Plüschtiere" fällt unter den Begriff "Spielwaren". Ist in einem anderen Falle ein Zeichen für den Warenbegriff "Seife" eingetragen, wird das Zeichen aber nur für "parfümerierte Handwaschpasten" benutzt, so fällt diese Spezialware unter den Oberbegriff der Seifen.

Heil¹⁶⁶ deutet auf die Notwendigkeit einer Auslegung des Begriffs "Ware" im Sinne des § 5 Abs. 7 Satz 3 WZG hin. Es ergeben sich für die Auslegungsmöglichkeiten der Ware eine Maximal- und eine Minimallösung sowie einige Zwischenlösungen.

Die Maximallösung legt den Warenbegriff zugrunde, wie er im Warenverzeichnis steht, gleich wie er allgemein formuliert ist und welche Vielzahl von Einzelwaren darunter subsumiert werden können. Die Waren des Zeicheninhabers werden nicht auf die konkret hergestellte oder vertriebene Ware beschränkt, sondern darunter versteht man alle zeichenrechtlichen Oberbegriffe, soweit diese vom Geschäftsbetrieb generell gedeckt sind.

Die Minimallösung stellt auf die konkret benutzte Ware ab, wobei die engstmögliche Feststellung,

166 a. a. O., S. 160

die rechtlich für das Warenverzeichnis zulässig ist, zugrunde gelegt werden müßte. Heil weist darauf hin, daß im Falle der Minimallösung der Inhaber der Gefahr einer Konfrontierung mit einer Teillöschungsklage ausgesetzt wird.

Würde das eingetragene Zeichen auf die ganz speziell eingesetzte Ware mit fixierten Eigenschaften beschränkt werden, so müßte der Hersteller bei jeder geringfügigen Veränderung der Ware und ihrer Eigenschaften jeweils ein neues Zeichen anmelden. Das kann aber nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein. Im Ergebnis würde hierdurch wegen der dann notwendigen Neuankmeldungen das Amt arbeitsmäßig überlastet sein. Im Ergebnis geht Heil von den eingetragenen Waren aus.¹⁶⁷ Enthält das Warenverzeichnis einen Warenbegriff, so soll dieser maßgebend sein. Diese Auffassung bildet eine vermittelnde Lösung. Sie nimmt auf die Bedürfnisse der Praxis Rücksicht. Ihr fehlt jedoch eine klare und nachvollziehbare Trennung der dem Warenverzeichnis zurechenbaren neuen Waren von den sonstigen Weiterentwicklungen des technischen Fortschritts.

¹⁶⁷ Heil, a. a. O., S. 162

III. Die Lösungsansätze in benachbarten Problemkreisen

1. Die begleitende Marke

In der DOLAN-Entscheidung¹⁶⁸ hat der BGH ausgesprochen, daß es in der Textilbranche üblich geworden sei, das Zeichen für die Faser als eine sogenannte begleitende Marke durch die Fertigware auszuweisen und die Fasermarke auch in der Werbung für die Fertigware dem Letztverbraucher bekannt zu machen. Als Beispiel aus einer anderen Branche ist das den Werkstoff schützende Zeichen "Nirosta" zu nennen, das der Hersteller des Fertigerzeugnisses verwenden darf.

Die begleitende Marke ist bereits seit Jahrzehnten anerkannt.¹⁶⁹ In der Regel erscheint die begleitende Marke des Vorprodukts auf dem Endprodukt.

168 BGH Urteil vom 14.5.1969, NJW 1970, 143 = BB 1970, 48

169 Busse § 5 WZG Rdn. 34

Baumbach-Hefermehl, 10. Aufl., 1969, § 5 WZG, Rdn. 98;

Althammer § 1 WZG Rdn. 27;

Reimer-Trüstedt, Warenzeichenrecht, 4. Aufl., 1966, S. 376;

Heydt, GRUR 1958, 442;

Wolff, MA 1959, S. 848

Sowohl Hersteller von Rohstoffen, etwa Chemiefasern, als auch von Halbfabrikaten (Zwischenprodukten) lassen die für diese Erzeugnisse geführten Waren auf den daraus hergestellten Fertigprodukten anbringen.¹⁷⁰ Ferner finden sich die Marken der Hersteller von Veredelungsmitteln auf den damit behandelten Waren.¹⁷¹ Diese begleitende Marke deutet auf eine bestimmte Behandlung oder Beschaffenheit der Fertigware hin. Schließlich lassen sich Hersteller von Textilmaschinen Marken für die mit Hilfe ihrer Maschinen erzeugten Waren schützen.¹⁷²

Im TRICOLINE-Urteil¹⁷³ ging der BGH davon aus, daß Marken der verschiedenen Herstellungsstufen, insbesondere Marken des Materials oder einer besonderen Materialbehandlung, auf dem Endprodukt angebracht werden. Der Hersteller beschränkt sich nicht darauf, für seine Fasermarke Publikumswerbung zu treiben und es lediglich zu dulden, daß der Konfektionär die Fasermarke auch

170 Vierhellig, a. a. O., S. 45

171 Kraft, GRUR 1970, 219, 220

172 Miosga, Die Werkstoffmarke an der Fertigware (Begleitende Marke), Mitt. 1964, 1

173 BGH Urteil vom 18.4.1958, GRUR 1958, 437 = WRP 1958, 278

an den Bekleidungsstücken anbringt. Er nimmt auf das Fertigprodukt in bedeutend größerem Umfang Einfluß.¹⁷⁴

So unterhalten große Chemieunternehmen fertigungstechnische Abteilungen, die unter erheblichem Kostenaufwand damit beschäftigt sind, neue Anwendungsgebiete für die von ihnen hergestellten Kunststoffe ausfindig zu machen. Sie prüfen ferner, auf welche Weise bei den so gefundenen neuen Produkten der Kunststoff optimal eingesetzt werden kann. Hierfür werden Verarbeitungsrichtlinien aufgestellt. Den Abnehmern der Rohstoffe werden dann nicht einfach Vorprodukte verkauft. Ihnen wird vielmehr auch das Wissen vermittelt, wie die Vorprodukte am besten zu Fertigprodukten verarbeitet werden können.

In der Praxis ist zu beobachten, daß mitunter verschiedene begleitende Marken durch das Endprodukt dem Publikum bekanntgemacht werden. Es wird nicht nur die Faser- bzw. Garnmarke an der Fertigung angebracht. Neben der Marke des Händlers erscheint als weitere begleitende Marke die des Herstellers der Fertigprodukte, also bei Bekleidungsstücken die des Konfektionärs.

174 Völp, Begleitende Marke, WRP 1970, S. 85, 86

Das Warenzeichenblatt Teil II Heft 12 vom 30.6.1969 enthält auf Seite 1207 das im Eilverfahren eingetragene Warenzeichen "DOLAN". Die betreffende Chemiefaser AG hat als Geschäftsbetrieb angegeben: "Erzeugung, Verarbeitung und Verwertung von Textilfaser". Der Geschäftsbetrieb deckt viele dieser Waren, etwa die Bekleidungsstücke, nicht.¹⁷⁵

Die begleitende Marke tritt in vier Produktionsstufen auf, nämlich Gespinnstfasern - Garne - Web- und Wirkstoffe - Bekleidungsstücke.

Die begleitende Marke wird überwiegend in der Textilbranche verwandt. Es wird sich aber nicht eine Entwicklung aufhalten lassen, diese Grundsätze auch auf andere Warenbereiche zu übertragen. So ist es bereits branchenüblich¹⁷⁶, Fertigprodukte mit den Kunststoffmarken zu versehen. Auch bei ihnen betreiben die Hersteller eine breite Publikumswerbung. Sie nehmen durch ein System von Lizenzverträgen Einfluß auf die Fertigprodukte. Bei plastischen Kunststoffen ist das Anwendungsgebiet weit. Begleitende Marken können hier geradezu unbeschränkt angebracht werden. Zu denken ist an Plastikbecher, Kunststoffmöbel, Gartenschläuche, Plastik-Bauelemente und Autokarosserien. Bei vielen Fertigprodukten

¹⁷⁵ Vgl. Völp, a. a. O., S. 92

¹⁷⁶ Völp, a. a. O., S. 90

befindet sich schon jetzt die Kunststoffmarke als begleitende Marke.

Zu dem Problem unserer Arbeit besteht eine Parallelität: In beiden Fällen liegt eine Veränderung der ursprünglichen Ware vor, für die ein Zeichen eingetragen und geschützt ist. In unserem Falle erfolgt die Veränderung durch den technischen Fortschritt. Im Falle der begleitenden Marke tritt die Änderung der ursprünglichen Ware durch Bearbeitung und Verarbeitung auf den einzelnen Handelsstufen ein. Wird ein neuer Werkstoff durch ein eigenes begleitendes Warenzeichen gekennzeichnet, erscheint es zugleich als ein Ausdruck und ein Symbol des technischen Fortschritts. Wird das Fertigprodukt aus einem solchen Rohstoff, etwa aus Plastik, hergestellt, so bleibt das alte Warenzeichen des Fertigproduktes bestehen. Die Beibehaltung und Verwendung dieses alten Warenzeichens erfolgt unter Mitbenutzung der Marke des neuen, durch den technischen Fortschritt hervorgebrachten Rohstoffes.

In dieser Arbeit geht es ausschließlich um eine Veränderung des gekennzeichneten Endfabrikats. Erfolgt diese Änderung ausnahmsweise durch den Einsatz eines bisher unbekannten Rohstoffes, kann die zusätzliche Verwendung der Rohstoffmarke als begleitendes Zeichen eine Teillösung, die jedoch unser Problem nur am Rande berührt, brin-

gen. Zudem führt ein neuer Rohstoff in den meisten Fällen nicht zu einer Änderung der Ware, welche die Frage nach einer Neumarkierung stellt. Grundsätzlich geht es bei der begleitenden Marke um zwei (oder auch drei) Zeicheninhaber. Sie soll es dem Inhaber der begleitenden Marke ermöglichen, sein im Endprodukt aufgegangenes Erzeugnis dem Verbraucher näher zu bringen, der es sonst nicht erkennen würde. Diese Information lassen sich die Hersteller der Vorprodukte einen Werbeaufwand kosten. Eine Veränderung der durch sie mitgezeichneten Ware soll die begleitende Marke, die sich regelmäßig von der der Endware unterscheidet, nicht anzeigen. Sie ist ein Drittzeichen. Sie enthebt den Unternehmer nicht der Aufgabe und Sorge, seine neue Ware seinem eigenen Warenverzeichnis zu subsumieren. Vor dieser Frage stehen beide Zeicheninhaber, der Inhaber der begleitenden als auch der "begleiteten" Marke, und zwar unabhängig voneinander. Ist die Endware nicht mehr dem zu ihr gehörenden Verzeichnis unterzuordnen, kann sich der Unternehmer nicht auf das Drittzeichen berufen. Das Hinzufügen einer begleitenden Marke kann das Warenverzeichnis des Endprodukts nicht erweitern. Fällt es nicht mehr in den Schutzbereich des Warenverzeichnisses, hilft dem Zeicheninhaber eine zusätzliche Marke, jedenfalls de lege lata, nicht. Die begleitende Marke hat ihr eigenes Warenverzeichnis.

2. Die Veränderung der Ware durch ihre Bearbeitung

Außer der Fortschrittsänderung der Ware und der vcrerwähnten Veränderung der ursprünglichen gekennzeichneten Ware durch ihre Weiterverarbeitung auf den einzelnen Produktionsstufen kann eine gekennzeichnete Ware auch im Reparaturgeschäft verändert werden.

Hier treten ähnliche Fragen auf, die im Hinblick auf unser Problem zumindest erwähnenswert sind.

Es ist warenzeichenrechtlich zulässig, daß die Reparatur einer Markenware durch ihren Eigentümer, der sie nicht veräußert, ebenso möglich ist wie ihre Veränderung oder Zerstörung.¹⁷⁷

Daran ändert grundsätzlich auch nichts, daß der Eigentümer einen Dritten mit der Vor-
nahme der Reparatur beauftragt, sofern dies

177 V. Gamm, § 15 WZG, Anm. 20

RG Urteil vom 19.2.1926, GRUR 1926, 265,
266 "LINOTYPE"

RG Urteil vom 28.6.1939, GRUR 1939, 852,
857 "Zählerersatzteile"

BGH Urteil vom 16.5.1952, GRUR 1952, 521,
522 "Minimax"

BGH vom 15.5.1968, GRUR 1968, 698, 699.
"Rekordspritzen"

nicht zum Zwecke der Veräußerung, sondern der eigenen Weiterbenutzung geschieht.¹⁷⁸

Wird das ursprüngliche Zeichen auf der reparierten Ware belassen und dort weiter zeichenmäßig gebraucht, so kann der Verkehr über die Herkunft der Ware in dem Sinne getäuscht werden, daß der unzutreffende Eindruck erweckt wird, die Ware komme in ihrer jetzigen, reparaturveränderten Form aus dem Betrieb des Zeicheninhabers. Eine solche Täuschung liegt nicht vor, wenn die Marke auf der erkennbar veränderten Ware nur noch als Zeichen der ursprünglichen Herkunft angesehen wird. Das kann dadurch geschehen, daß ein deutlicher Hinweis auf der Ware auf den veränderten Zustand und den Urheber der Veränderung so angebracht wird, daß der **R e p a - r a t u r h i n w e i s** gewissermaßen die Herkunftsfunktion übernimmt. Die Originalmarke hat dann nur noch beschreibenden Charakter. Sie weist darauf hin, daß die Ware vor ihrer Umarbeitung einmal im Betrieb des Markeninhabers hergestellt worden ist.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Waibel, Warenzeichenrechtliche und wettbewerbsrechtliche Fragen des Ersatzteile-, Zubehör- und Reparaturgewerbes, S. 189

¹⁷⁹ Vgl. Reimer-Trüstedt, Bd. 1, 27 Kap., Anm. 6

Die Frage, wann eine Marke noch dem Originalhersteller zuzurechnen ist und wann ihr Belassen auf der veränderten Ware umgekehrt als unbefugtes Versehen durch einen Dritten angesehen werden muß, ist dadurch zu beantworten, daß ein Anbringen eines Warenzeichens auf einer Ware über den tatsächlichen Vorgang hinaus die in dem Zeichen verkörperte Erklärung des Zeicheninhabers darstellt; er will diese Ware von anderen unterscheiden und anderen, mit dem gleichen Zeichen versehenen und aus seinem Betrieb stammenden Waren gleichstellen, für die er mit seinem Ruf eintritt. So hat der Zeicheninhaber - ebenso wie auch das Publikum - ein rechtlich schützenswertes Interesse daran, nicht mit Waren in Verbindung gebracht zu werden, für die er eine solche Erklärung nicht durch Anbringen des Zeichens abgegeben hat. Das erstreckt sich nicht nur darauf, daß nicht fremde Waren mit seinem Zeichen versehen werden, sondern auch darauf, daß die von ihm selbst mit dem Zeichen versehenen und in den Verkehrs gebrachten Waren nicht - durch eine Reparatur - so verändert werden, daß ihre Identität verloren geht. Andererseits ist der Inhalt der durch das Anbringen des Zeichens konkludent abgegebenen Erklärung durch die Funktionen des Warenzeichens beschränkt. Das Warenzeichen soll eine Ware von denen anderen Hersteller unterscheiden und anzeigen, daß sie aus einem bestimmten Betrieb stammt. Dagegen sagt das Zeichen nichts darüber, ob eine Ware neu

oder alt, ob sie gewartet, beschädigt oder aufgearbeitet wurde. Der Originalhersteller kann daher, solange die Identität der Ware gewahrt bleibt, nicht unter Berufung auf sein Warenzeichen Unterlassung von Wartungsarbeiten oder Reparaturen verlangen. Dies gilt auch und erst recht, wenn er selbst die für eine Reparatur benötigten Ersatzteile zur Verfügung stellt.

Diese Frage des Identitätsverlustes ist auch für die Fortschrittsveränderung der Ware erheblich. Bezüglich der Reparaturveränderung gehen in Rechtsprechung und Literatur die Meinungen auseinander, wann eine relevante Veränderung einer Ware vorliegt. Einigkeit besteht dahin, daß ein völlig "fabrikneues" Aufarbeiten einer gebrauchten Maschine unter Verwendung nicht originaler Ersatzteile eine Veränderung gegenüber der ursprünglichen Ware bedeutet, die regelmäßig vom Willen des Originalherstellers nicht umfaßt wird. Es kann ihm daher auch nicht unterstellt werden, daß er eine solche veränderte Ware mit seinem Warenzeichen habe versehen wollen. Das Belassen der Marke bedeutet in diesem Falle eine Kennzeichnung der veränderten Ware. Dasselbe wird man beim völligen Umbau einer Ware unter Verwendung fremden Zubehörs annehmen müssen.¹⁸⁰

180 Waibel, a. a. O., S. 193

In beiden Fällen ist durch die Veränderung die Verbindung von Zeichen und Ware, wie sie der Warenzeicheninhaber ursprünglich begründet hatte, unterbrochen. Das Warenzeichen kennzeichnet eine andere als die ursprüngliche Ware. Die gleiche Frage tritt bei der Fortschrittsveränderung einer Ware auf.

Umgekehrt dürfte eindeutig sein, daß bloße kleine Ausbesserungen die *E i g e n a r t* der Ware nicht brühen, also keine Veränderung in diesem Sinne darstellen, und zwar unabhängig davon, mit welchem Material sie ausgeführt werden.

Das Reichsgericht hat eine relevante Veränderung im völligen Umarbeiten einer Setzmaschine mit Originalteilen¹⁸¹ und von Elektrozählern¹⁸² er-
blickt.

Es lassen sich folgende Grundsätze aufstellen¹⁸³:

- a) Das völlige Aufarbeiten einer Maschine mit nicht originalen Teilen ist stets als Veränderung anzusehen. Keine Veränderung liegt dagegen regelmäßig in kleineren Ausbesserungsarbeiten.

181 Vgl. oben RG, "LINOTYPE"

182 Vgl. oben RG, "Zählerersatzteile"

183 Waibel, a. a. O., S. 195

- b) Im übrigen ist es Tatfrage, wann eine relevante Veränderung anzunehmen ist. Bei ihrer Prüfung ist mitzubерücksichtigen, ob die Maschine in technischer Hinsicht und in ihrem äußeren Erscheinungsbild so abgeändert wurde, daß sie aus der Sicht des Publikums nicht mehr als diejenige anzusehen ist, die ursprünglich mit dem Zeichen in Verkehr gesetzt wurde.
- c) Regelmäßig wird das Aufarbeiten mit Originalersatzteilen nicht als ein neues Versehen mit dem Warenzeichen zu werten sein, weil hier der Originalhersteller bereits beim Versehen der Ware mit dem Zeichen mit der Wahrscheinlichkeit auch größerer Reparaturen rechnet und daher auch derart reparierte Waren mit seinem Zeichen versehen wollte. Das entspricht auch der Verkehrsauffassung.

Das Reichsgericht hat die Garantiefunktion des Zeichens sehr stark bewertet. So hat es im Auflackieren eine Zerstörung der Garantiefunktion des Zeichens für die unversehrte Herkunft aus dem Betrieb des Zeicheninhabers erblickt.¹⁸⁴ Ähnlich hat das Reichsgericht auch in der LINO-TYPE-Entscheidung argumentiert, wo es heißt, niemand könne dem Zeicheninhaber zumuten, daß

184 RGZ 103, 359, 363 "Singer" (II)

er die Garantie für eine außerhalb seiner Aufsicht aufgearbeitete Maschine übernehme.

Von dieser Überbewertung der Garantiefunktion des Zeichens ist das Reichsgericht aber in den Entscheidungen "Elektrozähler"¹⁸⁵ und "Siemens"¹⁸⁶ abgerückt. Eine Benutzung des Zeichens sei dann nicht warenzeichenmäßig und daher zulässig, wenn sie so erfolge, daß der Verkehr im Zeichen keinen Hinweis auf die Herkunft der Ware in ihrer jetzigen Form aus dem Betrieb des Zeicheninhabers erblicke, sondern lediglich zum Ausdruck gebracht werde, welcher Herkunft und damit welcher Art die Ware vor der Bearbeitung gewesen sei. Das Zeichen habe dann "nur noch die Bedeutung eines erläuternden und beschreibenden Hinweises auf einen früheren Zustand der Ware, nicht auf die eines für den Verkehr bestimmten Kennzeichens für ihren Ursprung". Auch der BGH hat in der Übernahme der Rechtsprechung des Reichsgerichts hierauf abgestellt.¹⁸⁷ Diese Auffassung wird auch von der Literatur geteilt.¹⁸⁸ Das Reichsgericht hat besonders stark auf die Garantiefunktion abgehoben. Auch wenn man statt einer Garantiefunk-

185 RGZ 161, 29, 41 "Elektrozähler"

186 RGZ 172, 49

187 BGH "Minimax"; a. a. O.
BGH "Rekordspritzen" a. a. O.

188 Reimer-Trüstedt, Bd. 1, 27. Kap., Anm. 6;
Baumbach-Hefermehl, Bd. 2, § 15 WZG, Anm. 36

tion¹⁸⁹ eine Qualitätsfunktion annimmt, so ändert das nichts an der Beurteilung der früheren reichsgerichtlichen Rechtsprechung als zu weitgehend, weil die geschützte Qualitätsfunktion in diesem Sinne nicht mehr besagen kann als den gleichmäßigen Produktionsausstoß. Nicht bedeutet sie, daß der Hersteller mit seinem Zeichen dafür garantieren wolle, daß die Ware seit ihrer Herstellung völlig unverändert geblieben sei. Entscheidend ist allein, ob der auf der veränderten Ware angebrachte Reparaturhinweis nach Inhalt, Form und Deutlichkeit geeignet ist, die verbliebene Marke ihrer Funktionen zu entkleiden und zu einer beschreibenden Angabe zu machen.

Die Qualitätsvorstellungen des Verkehrs sind rechtlich nicht geschützt. Zum anderen ist der Zeicheninhaber selbst aber rechtlich nicht verpflichtet, bei Markenwaren eine bestimmte Qualität durchgängig einzuhalten. Er ist berechtigt, auch Waren mit verschiedener Qualität mit dem gleichen Zeichen zu versehen. Geschützte Funktion ist dann nur die im Warenzeichen zum Ausdruck kommende Behauptung, daß Waren mit gleichem Zeichen vom selben Hersteller stammen und dieser Inhaber des Zeichens ist.

189 Vgl. Baumbach-Hefermehl, Bd. 2, § 5 WZG, Anm. 6, 37, wo eine Garantiefunktion abgelehnt, an ihrer Stelle eine Beschaffenheitsfunktion cum grano salis als Inhalt der Herkunftsfunktion bejaht wird.

Ist eine Ware so verändert, daß sie mit der ursprünglichen nicht mehr übereinstimmt, so trifft diese Behauptung nicht mehr zu. Es muß also entweder die Marke entfernt werden oder es ist notwendig, die Herkunftsbehauptung durch einen klarstellenden Hinweis zu entkräften. Durch den Hinweis muß für jedermann klar erkennbar zum Ausdruck gebracht werden, daß die früher einmal von dem Warenzeicheninhaber bezeichnete Ware inzwischen von einem anderen verändert worden ist. Es ist fraglich, ob es genügt, daß der Reparaturleur ein Instandsetzungsschild oder einen Aufarbeitungshinweis anbringt. In der Regel ist ein bloßes Firmenschild des Aufarbeitenden ohne Zusatz als ein Herstellerhinweis zu werten. Im Falle der Aufarbeitung ist ein Reparaturhinweis zur Vermeidung von Irreführungen des Verkehrs erforderlich.

Regelmäßig genügt zur Entkräftung der Kennzeichnungswirkung des auf der aufgearbeiteten Ware verbliebenen ursprünglichen Zeichens ein klarer Hinweis nicht nur auf den Betrieb des Aufarbeitenden, sondern in erster Linie auf die Tatsache der Aufarbeitung selbst. Aus ihm muß sich der Umfang der vorgenommenen Veränderungen ergeben. Er muß so beschaffen sein, daß er nach Größe, Gestalt und nach seiner Anordnung im Verhältnis zum verbliebenen Zeichen nicht übersehen werden kann. Regelmäßig dürfte ein Oberbegriff genügen wie "generalüberholt", "teilüberholt", "Tauschgetriebe", "werkstattüberholt".

In anderen Fällen ist es denkbar¹⁹⁰, daß auch das Anbringen der Marke im weiteren Sinne - Warenzeichen, Firma, Name, Firmenschlagwort - des Aufarbeitenden wegen deren einschlägiger Bekanntheit einen hinreichenden Hinweis enthält. Das kommt vor allem da in Betracht, wo dem Verkehr bekannt ist, daß Waren unter Verwendung herstellereigener Zubehörs umgearbeitet werden. So wird etwa bei einem "BMW-Abarth" oder "Fiat-Abarth" in der Regel der Käufer aus dem Firmenzusatz ohne weiteres entnehmen können, daß es sich hier um ein in der "Abarth"-Werkstatt umgebautes Automobil handelt. Wann die Marke eines solchen Umarbeiters bei den angesprochenen Verkehrskreisen eine genügende eindeutige Bekanntheit erlangt hat, ist Tatfrage.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß regelmäßig ein unübersehbarer Hinweis, der Art und Umfang der Veränderung der Ware deutlich zum Ausdruck bringt, genügt, um die herkunftsweisende Wirkung des auf der veränderten Ware belassenen Zeichens zu entkräften. In seltenen Fällen genügt es, wenn die Marke des Auf- oder Umarbeitenden neben der Originalmarke angebracht wird, sofern diese Marke als Kennzeichen des Aufarbeitungsbetriebes bei allen in Betracht kommenden Verkehrskreisen bekannt ist.

190 Waibel, a. a. O., S. 199

Die reparaturmäßige Veränderung einer Ware berührt unser Problem. Beide Fragenkreise überschneiden sich, wenn ein vollständiges Umarbeiten der alten Ware unter Verwendung neuer, bisher nicht bekannter Ersatzteile geschieht. In diesem Falle kann der Verkehr in dem umgestalteten und verbesserten Fabrikat eine neue Ware sehen.

Es läßt sich dem Recht der Veränderung einer Ware durch ihre Bearbeitung nicht mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen, wo die Grenzlinie verläuft, jenseits derer eine Weiterbenutzung der Marke nicht mehr erfolgen darf. Es wird bei der Bearbeitung der Ware darauf abgestellt, ob der Inhaber des Zeichens im Verhältnis zum Bearbeiter der Ware mit dem Belassen seiner Marke auf ihr einverstanden ist. Dieses Verhältnis zwischen dem Hersteller - Zeicheninhaber und jenem Dritten ist für die Herstellung einer neuen Ware durch denselben Zeicheninhaber nicht erheblich. Es geht bei unserer Fragestellung nicht darum, ob eine umgearbeitete Ware noch dem Betrieb des Zeicheninhabers zugerechnet werden kann. Entscheidend ist vielmehr, ob eine neue Ware noch unter das vorhandene Warenverzeichnis fällt. Die Frage der betrieblichen Herkunft stellt sich nicht. Ohne Rücksicht auf Drittbeziehungen ist ausschlaggebend, ob derselbe Zeicheninhaber sein neues Produkt mit der Marke seiner alten Ware ausstatten darf.

Maßgebend dafür ist allein die Beziehung zwischen alter und neuer Ware, wie sie sich vor dem unveränderbaren Hintergrund des Warenverzeichnisses der alten Ware darstellt.

D. Eigene Lösungsversuche

Die folgenden Untersuchungen haben zum Ziel, die nicht mehr unter das Warenverzeichnis der alten Ware subsumierbare neue Ware des technischen Fortschritts zu erfassen und gegenüber jener abzugrenzen. Auf der Suche nach einer Lösung dieses Ordnungsproblems sind verschiedene Möglichkeiten in Betracht zu ziehen. Die für und gegen sie sprechenden Argumente sind gegeneinander abzuwägen, um letztlich ein Ergebnis "herauszuexperimentieren".¹⁹¹ Dieses Experimentieren folgt der Entwicklungsrichtung, den Begriff der neuen Ware einzuengen, bis sie sich der alten Ware soweit nähert, daß sie unter deren Warenverzeichnis eingeordnet werden kann. Ausgangslage ist eine die Zuordnung ausschließende Warenferne.

¹⁹¹ Zippelius, Das Wesen des Rechts, S. 166

I Der Begriff der "anderen Ware" im Warenzeichen-
recht

1. Die Marke als Kennzeichen

Liegt die neue Ware außerhalb des Markierungsbereichs der im Warenverzeichnis eingetragenen alten Ware, wird sie aber gleichwohl unter deren Zeichen vertrieben, fallen Kennzeichnungsmittel und Kennzeichnungsobjekt auseinander. Der Abnehmer erhält eine Ware, die nicht durch das im öffentlichen Register zu der betreffenden Marke eingetragene Warenverzeichnis gedeckt ist. Die ihm angebotene Ware ist somit falsch markiert. Hat sich der Abnehmer an die (richtig bezeichnete) alte Ware gewöhnt und hat sich dadurch bei ihm eine Verbrauchererwartung gebildet, kann sein Vertrauen in die nicht mehr bestehende Wertrelation Ware - Zeichen verletzt werden. Denn er wird aufgrund des bekannten Zeichens veranlaßt, die so ausgewiesene Ware immer wieder zu kaufen.

Das Wort "Marke" geht auf das althochdeutsche Wort "marche, marka" zurück. Sinngeschichtlich wird es überwiegend mit "Merkzeichen" umschrieben.¹⁹² Darin zeigt sich die sprachliche Ver-

¹⁹² Schluep, Das Markenrecht, S. 3

wandtschaft mit "merken". Der Wortstamm findet sich im französischen "marque" und dem spanischen "marka". Von dort ist er als "Mark" und "markieren" in die deutsche Sprache übernommen worden.¹⁹³

Das Wort "Zeichen" leitet sich von der indogermanischen Wurzel "deig" ab.¹⁹⁴ Nebenformen sind in "zeigen" und "zeihen" erhalten. Die Grundbedeutung von "Zeichen" ist ein sinnlich wahrnehmbares willkürliches Erkennungszeichen oder Merkmal, woran eine Sache erkannt oder auf sie hingewiesen wird.¹⁹⁵ Bedeutungsverwandt sind Marke, Charakter, Signal und Symbol.¹⁹⁶ Die Gebrüder Grimm haben nachgewiesen¹⁹⁷, daß "zeigen" und "zeugen" füreinander gehalten und synonym verwendet werden. Danach soll das Warenzeichen eine bestimmte Ware charakterisieren, darüberhinaus ihre Art bezeugen.

Das Warenzeichen, die Marke, ist das Ergebnis menschlichen Handelns, des Kennzeichnens. Es ist ein Individualisierungsmittel. Eine kenn-

193 Schluep, a. a. O., S. 2

194 Trübners Deutsches Wörterbuch, 8. Band, S. 348

195 Grimmsches Wörterbuch, 15. Band, S. 476

196 Trübners Deutsches Wörterbuch, a. a. O.

197 Grimmsches Wörterbuch, a. a. O., S. 847

zeichnungsmäßige Individualisierung stellt den Inbegriff der Erkenntnis der durch das Publikationsmittel bekanntgegebenen Mitteilungen dar.¹⁹⁸ Die hinter dem Zeichen stehende Erscheinung ist seine Bedeutung. Die einseitige Erklärung des Zeichenanmelders, das ausgewählte Zeichen für die im Warenverzeichnis angegebene Ware zu verwenden, individualisiert diese einzutragende Ware, aber auch nur diese. Die Aufgabe der Marke, auf die durch den Registereintrag individualisierte Ware werbend hinzuweisen und für sie zu "bezeugen", endet notwendig bei einem Einsatz für eine andere Ware, einem aliud.

Das zeichenrechtliche aliud ist eine neue Ware, die mit dem Zeichen der alten Ware ausgestattet ist, die aber nicht dem Warenverzeichnis der alten Ware zugerechnet werden kann. Es handelt sich nicht nur um eine Falschdeklaration, sondern es wird eine - andere - Ware angeboten, die nicht der Markierung entspricht.

2. Das aliud des Kaufrechts als Prämisse

Unsere Überlegungen konzentrieren sich nun auf die Aufgabe, das zeichenrechtliche aliud zu de-

¹⁹⁸ Lauper, Die rechtliche Ordnung des Individualisierens und Kennzeichnens von Dingen, S. 8, 39

finieren. Ist es möglich, generelle und praktikable Beurteilungsmaßstäbe für die "andere Ware" des Zeichenrechts zu finden, so ließe sich im Einzelfall feststellen, ob die neue Ware gegenüber der alten Ware ein aliud ist oder ob sie mit deren Zeichen versehen werden darf.

Eine Auslegung des Warenverzeichnisses kann nicht helfen. Die Angabe im Warenverzeichnis ist zwar eine Willenserklärung des Zeicheninhabers, die einer Auslegung fähig ist.¹⁹⁹ Die Auslegung geschieht analog § 133 BGB unter Beachtung des eingetragenen Geschäftsbetriebes²⁰⁰ und der Unterlagen aus dem Anmeldeverfahren. Im Hinblick auf das Erkennen eines zeichenrechtlichen aliud ist eine Interpretation des Wareneintrags jedoch nicht ergiebig. Denn die Warenangaben enthalten keine negativen Abgrenzungsmerkmale gegenüber neuen Waren, zumal diese im Zeitpunkt der Anmeldung regelmäßig noch unbekannt sind.

Kann uns der aliud-Begriff des Kaufrechts Hinweise und gegebenenfalls eine Entscheidungshilfe geben? Bei der Aliudlieferung wird zwischen der Stückschuld und der Gattungsschuld unterschied-

199 Tetzner, § 2 WZG Anm. 2

200 Vgl. DPA. Bl 1957, 128: Es ist nicht anzunehmen, daß auch außerhalb des Geschäftsbetriebes liegende Artikel hergestellt und vertrieben werden.

den. Die zum Spezieskauf entwickelten Rechte des Käufers haben für eine vergleichende Betrachtung von Warenzeichenrecht und Kaufrecht auszuscheiden. Denn das Warenzeichen bestimmt keinen einzelnen ausgewählten Kaufgegenstand. Gegen die Verwendung des Ausdrucks *aliud* beim Stückkauf wendet Westermann²⁰¹ ein, daß er nur verwirre, da hier die Lieferung einer anderen als der gekauften Sache Nichterfüllung sei. Larenz²⁰² erwähnt den Begriff des *aliud* für den Spezieskauf in dem Fall, daß die gelieferte Sache nicht mit dem ausgesuchten Kaufgegenstand identisch ist. Die Frage, ob der Begriff des *aliud* für den Spezieskauf brauchbar ist, ist hier nicht zu vertiefen. Das Warenzeichen wird auf einer Vielzahl gleicher Waren angebracht. Es bezeichnet keinesfalls ein einzelnes Stück. Die Kennzeichnung von Waren durch eine Marke läßt eher eine Parallele zum Gattungskauf erkennen. Nach der Regel des § 243 I BGB hat der Schuldner eine Sache mittlerer Art und Güte, nach § 360 HGB ein Handelsgut mittlerer Art und Güte zu leisten. Die "Art" bezieht sich auf die Gattung, der die Sache angehört.²⁰³ Die gelieferte Ware muß also einer betreffenden Gattung angehören. Sie muß die Eigenschaften der Sachgattung aufweisen,

201 Münchner Kommentar, Band 3, § 459, Rdn. 14

202 Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, § 41 I

203 Leonard, Das Schuldrecht des BGB, § 37, S. 80

als der zugehörig sie verkauft wird.²⁰⁴ Ist eine andere als die gattungsmäßig bezeichnete Sache geliefert, „liegt eine Aliud-Lieferung vor.“²⁰⁵

Heck²⁰⁶ nennt das Vorliegen eines aliud einen Artmangel, den er dem Qualitätsmangel gegenüberstellt. Ein Artmangel ist dann gegeben, wenn eine Sache verkauft wird, die in Wirklichkeit etwas ganz anderes ist als das, wofür sie verkauft wurde. Dieser Gedanke läßt sich auf das Warenzeichenrecht insofern übertragen als ein (zeichenrechtliches) aliud dann anzunehmen ist, wenn die gelieferte Ware nicht diejenige ist, die sich der Käufer unter der ihm vertrauten Marke vorgestellt hat. Auch ein von Heck ausgeführtes Beispiel ist in das Zeichenrecht transponierbar: Ein Glasfluß wird als Edelstein verkauft. Ist ein Warenzeichen für Edelsteine eingetragen, wird es aber für eine neue Ware "Edelsteinimitation" benutzt, stellt sich die neue Ware als ein warenzeichenrechtliches aliud dar.

Der Satz: "Leistet der Verkäufer eine Sache, die nicht der geschuldeten Gattung angehört,

204 Larenz, a. a. O.

205 Soergel-Ballerstedt, § 480 BGB Rdn. 2

206 Heck, Grundriß des Schuldrechts, S. 277, 278

handelt es sich um eine Falschliefierung (aliud)"²⁰⁷
läßt sich für die Zwecke des Warenzeichenrechts
wie folgt umformulieren: "Bietet der Verkäufer
unter einem Zeichen eine Ware an, die nicht der
zu diesem Zeichen eingetragenen Gattung angehört,
liegt ein aliud vor".

Das Kaufrecht des HGB unterscheidet in § 378 HGB
zwischen einer genehmigungsfähigen und einer of-
fensichtlich genehmigungsunfähigen Lieferung. Nur
eine absolut genehmigungsunfähige Lieferung soll
eine Aliudlieferung sein.²⁰⁸ Diese Regelung ist
nicht ohne Ausstrahlung auf den Kauf nach bürger-
lichem Recht geblieben.²⁰⁹ Im bürgerlichen Recht
kann der Käufer die geleistete Sache als Schuld-
gegenstand gelten lassen.²¹⁰

Die Abgrenzung zwischen "genehmigungsfähigen"
und "absolut genehmigungsunfähigen" Aliud-Lie-
ferungen bereitet erhebliche Schwierigkeiten.²¹¹
§ 378 Halbsatz 2 HGB wird ein "Schreckgespenst
aller Kaufleute und Schiedsgerichte" genannt.²¹²

207 Staudinger-Ostler, § 459 BGB Rdn. 20

208 Flessa, Die Aliudlieferung. MDR 1955, 138, 139

209 HGB-Großkommentar, § 378 HGB Anm. 4

210 Vgl. Enneccerus-Lehmann. Recht der Schuld-
verhältnisse, S. 458

211 HGB-Groß-Kommentar, a. a. O.

212 Staudinger-Ostler, § 459 Rdn. 21

Die Abgrenzungsprobleme gründen in dem Umstand, daß die Bestimmung der Gattung dem Grundsatz der Vertragsfreiheit gemäß völlig der Partei-maxime untersteht. Den Vertragspartnern ist anheim gegeben, welche und wieviele Gattungsmerkmale sie aufstellen wollen.

Es ist ihrer Willkür überlassen, ob eine Lieferung aus der Gattung "Wein", aus der Gattung "Weißer Rheinwein" oder aus der Gattung "Rüdesheim weißer Rheinwein Berg 1921" gewünscht wird.²¹³ Die Gattungsschuld kann noch weiter eingeschränkt werden, etwa durch die Merkmale "Spätlese" und "Faß Nr. 30".²¹⁴ Entscheidend ist die "vereinbarte Gattung"; die Abweichung von den "vertraglichen Beschaffenheitsmerkmalen" muß i.S. des § 378 HGB so erheblich sein, daß der Verkäufer eine Genehmigung durch den Käufer als ausgeschlossen ansehen muß.²¹⁵

Es gibt im Kaufrecht keinen objektiven Begriff der Gattung. Ihre Bestimmung liegt im Partei-

²¹³ Flessa, a. a. O.

²¹⁴ Es hat sich der allerdings nicht definierte Begriff des "beschränkten Gattungskaufs" durchgesetzt, Kommentar der Reichsgerichtsräte, § 480, Anm. 7

²¹⁵ Soergel-Ballerstedt, § 480 BGB Rdn. 1, 2

belieben. Sie schwankt von Vertrag zu Vertrag.²¹⁶ Wohl kann, ist die gewollte Gattung auf Grund des Vertrages eindeutig festgelegt, eine Verkehrsauffassung dienlich sein, die Abweichung der "bedungenen Ware" von der gelieferten zu überprüfen.

Ausgangspunkt für die Feststellung einer "anderen Ware" i. S. des § 378 HGB bleibt nach dem klaren Gesetzestext die "bedungene Ware". Je präziser die Vertragsparteien die Merkmale dieser ausgehandelten Ware festlegen, desto eher wird es möglich sein, die Grenze zur Ware anderer Art zu ziehen.

Schwierigkeiten ergeben sich häufig auch dadurch, daß es Überschneidungen zwischen dem Artunterschied (*aliud*) und dem Qualitätsmangel gibt.²¹⁷ Aber auch die Abgrenzung von Gattung zu Gattung ist dann nicht ohne Probleme, wenn etwa aus einer

216 Leonhard, a. a. O., S. 82: Die Parteien können durch ihren Vertrag selbst bestimmen, wie weit sie den Rahmen der Gattung spannen wollen.

217 Heck, a. a. O., S. 278;

Schlegelberger-Hildebrandt, § 378 Rdn. 5 verneinen feste Unterschiede zwischen Falschlieferrung und Schlechtlieferung;

Brüggemann in HGB-Großkommentar § 378 Anm. 4 will die Frage, ob *peius* oder ob *aliud*, nach den Anschauungen des Verkehrs entscheiden, räumt allerdings ein, daß die Verkehrsauffassung gelegentlich versagt.

nur ähnlichen geringeren Gattung geliefert wird.²¹⁸ Die Feststellung, ob die gelieferte Ware noch als Ware der vereinbarten Gattung oder als Ware einer anderen Gattung und damit als aliud zu werten ist, läßt sich mitunter überhaupt nicht treffen.²¹⁹ Es wird auch der unscharfe Begriff einer "ganz anderen Gattung" verwandt.²²⁰

Sogar bei Abweichungen von einer technischen Industrienorm kann es fraglich sein, ob ein aliud oder nur eine mangelhafte Sache geliefert worden ist.²²¹ Kann die Ware in eine andere Normgröße eingeordnet werden, ist sie ein aliud. Unterschreitet sie die - unklare handelsübliche - Toleranzgrenze, ist sie fehlerhaft.²²²

Die Schwierigkeiten werden dadurch unüberwindlich, daß viele Arten in verschiedenen Untertypen vorkommen.²²³ Eine begriffliche Verwirrung

218 Leonhard, a. a. O.

219 Schlegelberger-Hildebrandt, § 378 Rdn. 4 geben als Grund die Relativität des Gattungsbegriffs an.

220 Vgl. Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, S. 459

221 Staudinger-Ostler, § 459 BGB Rdn. 22

222 Westermann in: Münchener Kommentar § 459 Rdn. 20

223 Westermann, a. a. O.

erzeugt die Feststellung, statt der vereinbarten Art einer Warengattung sei eine andere Art derselben Gattung geliefert worden.²²⁴ Danach bezieht sich das Anderssein der Ware nicht auf die Gattung, sondern auf eine als Art bezeichnete Untergattung.

3. Konklusion

Gestattet die Lieferung einer falschen Gattung des Kaufrechts im Ergebnis eine Schlußfolgerung für das Warenzeichenrecht?

Das Warenzeichenrecht kannte früher den Begriff der Warengattung. Das Markenschutzgesetz von 1874 schrieb dem Anmelder das Einreichen eines Verzeichnisses der Warengattungen vor. Aber bereits das Warenzeichengesetz 1894 forderte ein Verzeichnis der Waren. Seither ist ein Warengattungsbegriff für die Angabe der Ware im Verzeichnis unbekannt. Der Begriff der Gattungsbezeichnung kommt heute nur noch für den Ausstattungsschutz²²⁵ und den Gattungsnamen bei der falschen Warenkennzeichnung vor.²²⁶ Läßt sich aus dem

224 Schlegelberger-Hildebrandt, § 378 HGB, Anm. 13

225 Baumbach-Hefermehl, § 25 WZG Rdn. 47

226 Busse, § 26 WZG Rdn. 11

aliud des Kaufrechts eine brauchbare Aussage für unser Problem gewinnen?

Das Kaufrecht bietet keine Abgrenzungskriterien, die auf das zeichenrechtliche aliud angewandt werden könnten. Im privaten Kaufrecht können die Vertragspartner die Eigenschaft einer Gattung durch subjektiv aufgestellte Merkmale weiter oder enger bestimmen. Sie können die Grenzen sogar später einvernehmlich ändern (§ 305 BGB). Das Warenzeichenrecht kennt hingegen, wie wir oben festgestellt haben²²⁷, keine Möglichkeit einer Abänderung des Wareneintrags.

Das Warenzeichenrecht besitzt nicht diese Flexibilität, die in der Freiheit der Vertragsgestaltung und -änderung begründet ist. Es ist auf Dauer angelegt, zumindest auf die zehnjährige und verlängerbare Schutzdauer (§ 9 Abs. 1 WZG). Es bezieht sich nicht auf ein einzelnes Geschäft. Das Zeichenrecht hat nicht nur einen privatrechtlichen Charakter, das dem Inhaber ein absolutes subjektives Immaterialgüterrecht gewährt. Zugleich enthält es ein starkes öffentlich-rechtliches Element.²²⁸

227 Siehe Seite 51

228 Busse, Einf. 4, sieht den öffentlich-rechtlichen Charakter vor allem in der Eintragung in die Zeichenrolle, der patentamtlichen Vorprüfung und dem strafrechtlichen Schutz

Diese Eigenschaften unterscheiden das Zeichenrecht wesentlich von dem privatrechtlichen Kaufvertragsrecht. Es verleiht dem Anmelder auf Grund seiner einseitigen Anmeldeerklärung einen gegen jedermann wirkenden Schutz. Die Bekanntmachung des Zeichens und der Rolleneintrag richten sich an die Allgemeinheit. Das Kaufrecht erschöpft sich hingegen im Verhältnis der Vertragspartner zueinander.

Das warenzeichenrechtliche aliud hat mit dem kaufrechtlichen lediglich die eine Gemeinsamkeit, daß der Abnehmer vor einer Falschliefierung geschützt werden soll. Dieses insoweit übereinstimmende Prinzip vermag aber nicht die bei der Eingrenzung des aliud bestehenden erheblichen Abweichungen auszugleichen. Die Vorbedingungen sind nach ihrem rechtssystematischen Ursprung und ihrer Zweckrichtung zu unterschiedlich.

II. Die Zurechenbarkeit der neuen Ware zum Warenverzeichnis

Die bisherigen Erwägungen konnten noch zu keinem befriedigenden Ergebnis führen. Als eine notwendige weitere Vorarbeit sind diejenigen neuen Waren auszusondern, die für eine engere Prüfung ungeeignet sind. Wenn z.B. Sonnenkollektoren als neue Ware neben die herkömmlichen energiespendenden Waren getreten sind, ist es augenscheinlich, daß diese neuartige Wärmequelle nicht unter den Zeichen von Kohle, Öl oder Erdgas vertrieben werden kann. Das einengende Aussortieren der neuen Ware in Bezug auf die Zielstellung vollzieht sich über zwei Stufen. Zunächst ist der Begriff der Substitutions- oder Ersatzware (Ziff. 1) als erste Bedingung, nämlich eine Vergleichbarkeit von alter und neuer Ware, zu behandeln. Sodann ist ein engerer technischer Bezug zwischen alter und neuer Ware als die zweite Vorbedingung für die Problemlösung, die Zurechenbarkeit der neuen Ware zum Warenverzeichnis der alten Ware, aufzufinden (Ziff. 2).

1. Die Ersatzware

Die erste Voraussetzung, die von einer neuen Ware erfüllt werden muß, um dem Warenverzeichnis der alten Ware zugeordnet zu werden, ist,

daß sie zu ihr in einem Substitutionsverhältnis steht. Die neue Ware muß die alte ersetzen können. Der Begriff der Substitution ist wirtschaftlich als ein Ereignis des Marktes, des Treffpunktes von Angebot und Nachfrage, zu verstehen. Der Gedanke der Surrogation, der zum Beispiel in § 281 BGB von einer Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung ausgeht, kann schon deswegen nicht verwertet werden, weil es nicht auf das Bestehen eines Schuldverhältnisses ankommt. Eine Ersatzware ist dazu bestimmt, gegen die ersetzte Ware funktionell ausgetauscht zu werden.²²⁹ Dieser Austausch erfolgt nicht innerhalb eines Schuldverhältnisses. Er beruht vielmehr auf dem veränderlichen Verhalten der Marktpartner.

Es gibt in der Praxis zahlreiche Austauschverhältnisse. Ein solches Verhältnis liegt etwa vor zwischen echtem (Bohnen-) Kaffee und einem nicht aus Bohnen gewonnenen Kaffee (Kaffee-Ersatz). Sie sind zu beobachten bei Bier und Limonade, bei Fleisch- und Fischwaren sowie bei Butter und Margarine. In der Gunst der Verbraucher kann Fleisch (zum Teil) durch Fisch ersetzt werden. Eine Substitution beruht auf Marktpräferenzen, auf Gewohnheits- oder Geschmacksveränderungen. Eine Einwirkung des technischen Fort-

229 Baumbach-Hefermehl, § 5 Rdn. 94

schritts ist bei den Austauschverhältnissen nicht durchgehend und zwingend feststellbar. Der technische Fortschritt bringt zwar Ersatzwaren hervor. Die Austauschbeziehung kann sich indes auch auf bereits vorhandene, nicht durch den technischen Fortschritt erzeugte Waren erstrecken. Es entsteht sogar die Frage einer "totalen Surrogation". Der Werbespruch: "Kauft mehr Blumen!" mit der gedanklichen Ergänzung: "anstelle von Pralinen" will dazu verleiten, den Konsum von Pralinen durch den Kauf von Blumen zu ersetzen.

Diese Fälle einer Warenersetzung müssen für unsere Betrachtung ausscheiden. Für das warenzeichenrechtliche Problem kommen nur solche Produkte in Betracht, die vermittels des technischen Fortschritts f u n k t i o n s e r s e t z e n d an die Stelle der im Warenverzeichnis eingetragenen Ware getreten sind. Ob der technische Fortschritt den Zeicheninhaber zwingt, eine Ersatzware zu produzieren oder ob dieser vorausplanend aus eigenem Entschluß Ersatzwaren anbietet, ist für unsere Untersuchung unerheblich.

Ein weites Wirkungsfeld des technischen Fortschritts stellen die Kunststoffprodukte dar. Hierher gehören Leder und Kunstleder²³⁰, Gebrauchs-

230 Mitt. 1961. 36 (BPatG v. 9.2.1960)

gegenstände, wie Aschenbecher aus Kunststoff statt aus Porzellan oder Metall, Kunststofffolien anstelle von Papierfolien²³¹ oder Zellstoff anstatt von Web- oder Wirkstoffen.²³²

Im Vordergrund hat der gemeinsame Verwendungszweck von Ersatzware und Originalware zu stehen.²³³ Das gleiche Anwendungsgebiet schließt einen Wechsel der Abnehmer aus. Die funktionsersetzende Substitution begründet eine Verwandtschaft im Sinne einer Warennähe zwischen neuer und alter Ware. Gegenüber der gleichbleibenden Zweckbestimmung tritt eine Verschiedenheit in der stofflichen Zusammensetzung und/oder im Herstellungsverfahren, die vielfach nicht einmal erkennbar ist, als unbeachtlich zurück.

Der Begriff der Ersatzware ist dem Warenzeichenrecht fremd; er ist im Wettbewerbsrecht beheimatet.²³⁴ Der Wettbewerb erstreckt sich auf Substitutionsgüter, die geeignet sind, ein anderes Gut zu ersetzen oder zu verdrängen. Die verschiedenen Grade einer Substitutionsfähigkeit verändern sich im Zeitablauf. Auch heterogene Güter können miteinander konkurrieren. Der Bereich

231 Mitt. 1960, 196

232 GRUR 1966, 561 (BpatG v. 1.10.1965)

233 Busse, § 5 Rdn. 32

234 Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allg. Anm. 9

des Wettbewerbs auf Grund der Substitutionskonkurrenz vergrößert sich durch das Aufkommen neuer Güter mit einem gleichen Verwendungszweck.²³⁵ Wesentlich ist wettbewerbsrechtlich nicht die Gleichheit der angebotenen Waren. Entscheidend ist der gleiche Abnehmerkreis. Dieser Umstand kann für das Warenzeichenrecht nicht verbindlich sein, das auf die Ware selbst abstellt. Auf der anderen Seite ist im Hinblick auf den Wettbewerb zu beobachten, daß dem Kunden Waren durch Aufmachung und Werbung als neue Produkte angepriesen werden, die sich tatsächlich nicht durch physikalisch-technische Eigenschaften von den bisherigen unterscheiden.²³⁶

Für die Beschreibung der warenzeichenrechtlichen Substitution ist von der Aufgabe des Zeichens auszugehen, die markierte Ware von anders oder überhaupt nicht gezeichneten Gütern zu unterscheiden. Dadurch wird die Vorstellung spezifischer Eigenschaften erzeugt, welche diese Ware von den übrigen scheiden.²³⁷ Die (negative) Unterscheidungsfunktion des Zeichens gilt nicht für ein einzelnes Stück. Produktfolgen sollen gekennzeichnet werden. Das Markieren einer Serie von Gütern "nötigt aber auch

235 Wessels, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, S. 35. 94

236 Wessels, a. a. O., S. 95

237 Schluep, Das Markenrecht als subjektives Recht, S. 68, 69

zur Herausstellung der Gleichheit gleich gezeichneter Einzelstücke".²³⁸ Unter den Eigenschaften, deren Gleichheit die Marke bezeugen soll, ist für den Substitutionsbegriff zunächst die gemeinsame Herkunft aus einem Unternehmen erheblich. Darüber hinaus müssen dieselben Zwecke erreicht und dieselben Erfolge erzielt werden. Die Substitutionsware muß die Aufgaben der ersetzten Ware übernehmen können. Der Begriff der Ersatzware als ein funktions- ersetzendes Substitut bildet nur die erste Stufe auf dem Weg eines Eingrenzens der dem Warenverzeichnis der alten Ware zurechenbaren neue Ware.

²³⁸ Die Exklusivität des Zeichenschutzes darf allerdings nicht zu dem fehlsamen Schluß verleiten, die übereinstimmenden Eigenschaften gleich gezeichneter Waren seien unter einem anderen Zeichen nicht zu finden; vgl. Schluep. a. a. O.

2. Der technische Gleichwert und Konnex zwischen neuer und alter Ware

Die Feststellung, daß die neue Ware in Bezug zur alten Ware eine durch den technischen Fortschritt gebildete Ersatzware ist, reicht für ihre Zuordnung zum Warenverzeichnis der alten Ware allein nicht aus. Jede zeichenrechtliche Überlegung, die marktrelevant sein muß, steht unter dem Primat der Verkehrsauffassung. Maßgebend ist die Auffassung der beteiligten Verkehrskreise. Das sind in erster Linie die Verbraucher als die Endabnehmer. Es fragt sich, ob der Durchschnittsverbraucher in der Ersatzware mühelos - ohne zusätzliche gedankliche Reflexionen - die ursprüngliche Ware wiedererkennt. Das ist zum Beispiel der Fall bei den Aschenbechern. Ob diese aus echtem Material oder aus Plastik bestehen, ändert nichts an der Artbezeichnung als Aschenbecher. Hier wird die nominelle Warengleichheit spontan bejaht. Es besteht nicht einmal ein Grund, sie auch nur in Zweifel zu ziehen.

Danach kann der Hersteller von Gartenmöbeln aus Plastikmaterial seine Marke, die er für die gleiche Ware aus Holz oder Metall verwandt hatte, bedenkenlos weiterbenutzen. Dieses Weiterbenutzungsrecht steht allerdings unter dem Vorbehalt, daß die schutzwürdigen Belange der Mitbewerber

und die begründeten Verbrauchererwartungen nicht verletzt werden.²³⁹

Eine Ersatzware ist nicht immer als warengleich mit der ersetzten Ware einzustufen, auch wenn sie deren Aufgaben übernimmt. Rasiermesser sind durch Rasierapparate mit auswechselbaren Klingen, diese wiederum (zumindest teilweise) durch Elektrorasierer abgelöst worden. Obschon das Anwendungsgebiet, die Funktion und der Abnehmerkreis übereinstimmen, wird der unbefangene Durchschnittsverbraucher in der Ware "Elektrorasierer" nicht die Ware "Rasiermesser", die er vielleicht gar nicht mehr kennt, wiederfinden. Das Feststellen einer Warengleichheit ist nicht möglich.

Noch deutlicher zeigt sich der Bruch im Fortbestand der Warengleichheit beim Übergang vom pferdebespannten Wagen zum Kraftwagen. In der Frühzeit des Motorfahrzeuges war noch als ein verbindender Oberbegriff Kutsche (Pferde-, Benzin-kutsche) festzustellen. Kraftfahrzeuge wurden in ihrer Gestalt aus den damals gültigen Pferdewagen entwickelt. Schon bald trat aber mit der Einführung der neuen Warenbezeichnung "Automobil" eine klare Trennung ein. Heute wird niemand in einem Pferdewagen und einem Kraftfahr-

²³⁹ Dazu Abschnitt E dieser Arbeit

zeug die gleiche Ware erblicken. Die Produkte haben sich infolge der ständigen Entwicklung des Kraftfahrzeuges in ihren wesentlichen Eigenschaften und Merkmalen zu weit voneinander entfernt. Die Pferdewagen hatten, mit Ausnahme etwa der später noch angebrachten Gummireifen, ihren optimalen Endzustand bereits erreicht, als das Auto erst erfunden wurde.

Unterschiedlichste neuartige Anwendungen und Verfahren der Substitute können wohl zum gleichen Ergebnis führen. Sie zwingen aber zu einem zusätzlichen Kriterium. Wenn die Ersatzware auch den gleichen Effekt hat, können sich ihre Eigenschaften hinsichtlich der Mittel und Wege doch so sehr von der alten Ware unterscheiden, daß eine Gleichheit der Waren als die Voraussetzung ihrer gleichen Markierung nicht mehr angenommen werden kann. Der Substitutsbegriff allein reicht mithin nicht aus, um eine Gleichheit von alter und neuer Ware zu begründen. Es ist zu überlegen, ob die Begriffe der technischen oder der patentrechtlichen Äquivalenz als ein Zuordnungsmittel brauchbar sind. Unter Äquivalenz ist zunächst die Gleichwertigkeit zweier Arbeitsmittel zu verstehen. Das bedeutet den Ersatz eines bisherigen Mittels durch ein in der Hauptfunktion gleichwertiges anderes Mittel.²⁴⁰

240 Busse, Patentgesetz, S. 107

Technische Äquivalente sind ihrer Funktion nach gleichwirkend und vertreten sich daher.²⁴¹ Aufgrund ihrer allgemeinen Austauschbarkeit²⁴² scheinen die technischen Äquivalente eine Berührung mit den Ersatzwaren aufzuweisen; sie sind jedenfalls, so präzisiert Lindenmaier²⁴³, "nach den Lehren der Technik allgemein ihrer regelmäßigen Funktion nach als zur Erfüllung gleicher Wirkung geeignet bekannt".

Für den patentrechtlichen Begriff der sogenannten glatten Äquivalenz reicht eine gleiche Wirkung beider Mittel nicht aus. Sie müssen beide unter einen "Generalnenner", den Lösungsgedanken, zu bringen sein.²⁴⁴ Die Begriffe der technischen und der patentrechtlichen Äquivalenz können, brauchen sich nicht zu decken.

Patentrechtlich hat das Äquivalent zur Folge, daß es als ein Mittel zur Lösung der in der Patentschrift angegebenen Lösung einer bestimmten Aufgabe die gleiche Wirkung erzielt; ein solches Äquivalent wird daher gemäß § 6 PatG vom Schutz

241 Reimer, Äquivalenz, Erfindungsgegenstand, allgemeiner Erfindungsgedanke in Theorie und Praxis, S. 387, 390

242 Tetzner, § 1 PatG Anm. 71

243 Lindenmaier, § 6 Anm. 18 PatG

244 Reimer, a. a. O., S. 391

des Patentbesitzes umfaßt.²⁴⁵ Ausschlaggebend für die unter ein bestehendes Patent fallenden Gleichwerte ist das Urteil des praktisch geschulten Fachmannes.

Ließe sich für das Warenzeichenrecht der Begriff eines Gleichwertes der eingetragenen geschützten Ware formulieren, würde das einen erheblichen Schritt in Richtung des gesteckten Zieles bedeuten. Es wäre festzustellen, ob die neue Ware im Verhältnis zur alten ein warenzeichenrechtliches Äquivalent mit der Folge ist, daß sie in deren Schutzbereich fällt.

Der patentrechtliche Begriff des Äquivalentes ist indes nicht geeignet, unser zeichenrechtliches Problem zu fördern. Im Patentrecht ist von der individuellen technischen Aufgabe auszugehen; sodann ist der Gleichwert der Arbeitsmittel und der Arbeitsverfahren, die dem Durchschnittsfachmann dank seines Fachkönnens ohne weiteres zur Verfügung stehen, zu ermitteln.²⁴⁶

Die Feststellung technischer Äquivalente berei-

245 Vgl. Benkard, § 6 PatG Rdz. 85, 86

246 BGH, GRUR 55, 29, 31

tet dem Sachverständigen Schwierigkeiten.²⁴⁷ Auch sind begriffliche Abgrenzungen zwischen technischen und patentrechtlichen Gleichwerten vorhanden.²⁴⁸ Einer Übernahme der Äquivalenzlehre in das Warenzeichenrecht steht aber insbesondere der Umstand entgegen, daß es hier nicht um den Schutz eines Mittels oder eines Verfahrens geht. Nicht die Ware als solche wird im Markenrecht geschützt; Gegenstand des Schutzes ist eine Bezeichnung für eine Ware, die in den meisten Fällen nicht einmal der Warenname ist.

Weiterhelfen kann nur ein technisch homologer Zusammenhang, der eine weitere Einengung gegenüber dem Begriff der Ersatzware bewirkt. In diesem Sinne verstehen wir unter einem technischen Konnex eine originäre Entwicklungsbeziehung zwischen neuer und alter Ware. Dieses technische Miteinanderverbundensein besteht aufgrund eines gemeinsamen technischen Ursprungs. Dieser ist dadurch gegeben, daß die neue aus der alten Ware entwickelt worden ist. Der technische Konnex muß vom Verkehr als solcher erkannt werden. Die Verkehrsauffassung kann allerdings, sei es auch etwa durch Irreführung über die Produktionseigenschaften, sei es wegen fehlender

247 Ottens, Die Äquivalenzlehre und der technische Sachverständige, Mitt. 1958, S. 61, 62, weist nach, daß die Annahme von Äquivalenten zwischen Nägeln und Schrauben, zwischen Federn und Gewicht, zwischen Transmission und Zahnrad problematisch ist.

248 Redies, Zur Äquivalenzlehre, Mitt. 1956, S. 145, weist darauf hin, daß es diese Unterscheidung im Ausland nicht gibt.

Transparenz der Eigenschaften, einer Täuschung unterliegen.

Bei der denkbar unbegrenzt großen Zahl technischer Veränderungen der alten Ware auf Grund eines unüberschaubaren Entwicklungsreichtums kann nicht mit abschließender Sicherheit gesagt werden, daß die zwei gefundenen Kriterien, nämlich Funktionsersetzung und Entwicklungsbezug, stets eine eindeutige Beurteilung gewährleisten. Für die nicht auszuschließenden Fälle, in denen trotz Erfüllung der beiden vorgenannten Bedingungen ein Rest von Unklarheit verbleibt, ist ein zusätzliches Entscheidungshilfsmittel zu suchen, das eine zuverlässige Abgrenzung gegenüber der nicht mehr dem Warenverzeichnis der alten Ware zurechenbaren neuen Ware sicherstellt.

III. Der Analogieschluß zum Sortenschutzrecht

Wir haben bisher - in einer Vorprüfung - die neue Ware in eine mit der alten Ware vergleichbare und in eine mit ihr nicht mehr vergleichbare neue Ware aufgeteilt. Letztere haben wir aufgrund einer aus bestimmten Auswahlkriterien festgestellten Warenferne ausgeschieden. Nunmehr ist, als 2. Stufe einer graduellen Neuheit, zu untersuchen, wie innerhalb des Kreises der vergleichbaren Ware die Abgrenzung der dem Warenverzeichnis (der alten Ware) zurechenbaren neuen Ware gegenüber der nicht mehr subsumierbaren neuen Ware erfolgen kann. Die nachstehenden Überlegungen gelten also ausschließlich für die neue Ware, die mit der alten vergleichbar ist.

In § 2 Abs. 1 Sortenschutzgesetz findet sich eine Regelung, die zur Abgrenzung gegenüber einer anderen Sorte auf ein wichtiges Unterscheidungsmerkmal abstellt. Es soll untersucht werden, ob diese Bestimmung für unsere Zwecke verwertet werden kann. Eine vorzunehmende Unterteilung könnte sich nach den Eigenschaften der Vergleichswaren richten, die als arteigene und damit unterscheidungskräftige Wesensmarkmale erkennbar sind. Gäbe es brauchbare verlässliche Maßstäbe, die generell gültig wären, könnte die (oben aufgedeckte) Lücke im Gesetz geschlossen werden. Es kommt also darauf an, eine Lösung zu finden, die ein Unterscheidungs-

kriterium zwischen der zurechenbaren und der nicht mehr zurechenbaren Ware aufstellt.

1. Das Analogieverfahren

Eine Möglichkeit der Lückenausfüllung bietet sich in dem Analogieverfahren an. Bei einer analogen Rechtsanwendung fehlt – im Unterschied zur Auslegung einer Rechtsnorm – überhaupt jede passende Vorschrift. Bei einer Lücke im Gesetz, mit der wir es hier zu tun haben, kann die Lösung durch das Denkverfahren der Analogie gefunden werden.²⁴⁹

Im Fall der Lücke ist die Norm für die Entscheidung wegen der ergänzenden Rechtsfindung aufzustellen. Dazu ist die Analogie gegeben. Hierbei handelt es sich um eine Ausdehnung der aus dem Gesetz zu entnehmenden Prinzipien auf Fälle, die den im Gesetz entschiedenen rechtsähnlich sind.²⁵⁰

Die Analogie geht von dem Vergleich zweier Sachverhalte, nämlich eines geregelten und eines nicht geregelten aus. Es ist also ein geregelter Sachverhalt aufzufinden, der im Wege der Analogie die bestehende Lücke füllen könnte. Das geschieht dadurch, daß der für den geregelten Sachverhalt gültige Rechtssatz durch Anpassung auf den ungeregelten

249 Coing, Juristische Methodenlehre, S. 46. 47

250 Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, S. 339

Sachverhalt angewandt wird. Analogie ist die Anwendung einer Norm auf einen unregelmäßig, aber regelungsbedürftigen Sachverhalt, für den sie vom Gesetzgeber nicht bestimmt ist. Das setzt zweierlei voraus:

- a) Der geregelte und der zu regelnde Sachverhalt müssen in den wesentlichen Tatsachen übereinstimmen. Sie müssen einander ähnlich sein. Esser spricht hier von einer "spezifikanten Ähnlichkeit der Konfliktslagen", die eine entsprechende Normanwendung erlaubt.²⁵¹ Nach Esser müssen zwei Qualifikationsakte vorgenommen werden: Die zwei Regelungen, nämlich die im Gesetz vorhandene und die erwartete müssen gleichwertig beurteilt werden können. Die zwei Sachverhalte, von denen der eine geregelt, der andere auf eine entsprechende Norm angewiesen ist, müssen gleichwertig regelungsfähig sein. In beiden Fällen handelt es sich danach um Werturteile.

Vorab ist aber das Verhältnis der beiden Sachverhalte zueinander festzulegen. Die Sachverhalte sollen nicht identisch, sondern im "wesentlichen gleichartig" sein.²⁵² Was heißt das? Es bedarf einiger Begriffserklärungen,

251 Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 182, 183

252 Esser, a. a. O., S. 183, 184

die von Bedeutung für eine Analogie sind, nämlich der Identität, der Gleichheit, der Ähnlichkeit und der Verschiedenheit.

Identität ist die Beziehung zwischen mehreren inhaltlich übereinstimmenden Erscheinungssachen eines einzigen Gegenstandes. Identität ist der höchste Grad der Gleichheit, die "Dieselbigkeit".²⁵³ Das Identitätsprinzip lautet: A gleich A. Eine solche Identität der Sachverhalte ist nicht gegeben. Gleichheit setzt mindestens zwei Gegenstände voraus, die inhaltlich in allen Merkmalen übereinstimmen. Hier wird die These aufgestellt: "Alle Bürger sind von Natur gleich; also gebührt ihnen das Gleiche an politischen und sozialen Rechten".²⁵⁴ Die Ähnlichkeit stellt eine unvollständige oder partielle Gleichheit dar, die eine Übereinstimmung lediglich in einzelnen Bestimmungsrichtungen und Ordnungsbeziehungen aufweist. Verschiedenheit ist nach Erdmann²⁵⁵ als "unbestimmte Verschiedenheit" eine nicht weiter zerlegbare Beziehung zwischen nichtidentischen Gegenständen. Es kann zwischen verschiedenen Abstufungen von der partiellen bis zur totalen Verschiedenheit hin unterschieden werden, je nachdem wieviele gemeinsame Merkmale in ver-

253 Windelband, Über Gleichheit und Identität, S. 11

254 Windelband, a. a. O.

255 Erdmann, Logische Elementarlehre, S. 347

schiedenen Bestimmungsrichtungen feststellbar sind. Die teilweise Verschiedenheit trifft sich mit der partiellen Gleichheit (Ähnlichkeit).²⁵⁶ Gegenstände sind einander um so ähnlicher, je größer die Zahl der gemeinschaftlichen Eigenschaften ist.²⁵⁷ Für die Ähnlichkeit ist die überwiegende Zahl der übereinstimmenden Merkmale entscheidend.²⁵⁸ Bereits George²⁵⁹ deutete die Ähnlichkeit als eine Gemeinsamkeit des Grundes; die "Wesentlichkeit" der gemeinsamen Merkmale darf nicht gezählt, sondern muß gewogen werden. Die Ähnlichkeit der Regelungen beruht auf dem übereinstimmenden "Grundgedanken".²⁶⁰

- b) Die Anpassung der für den geregelten Sachverhalt geltenden Norm an die tatsächlichen (ähnlichen) Verhältnisse des ungeregelten Sachverhaltes muß innerhalb der ratio legis der Norm geschehen können. Der Grundgedanke der Norm darf nicht verändert werden. Die Analogie vollzieht sich in einer Übertragung der für einen Tatbestand A im Gesetz enthaltenen Regel auf einen vom Gesetz nicht geregelten, ihm "ähnlichen"

256 Heller, Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, S. 6

257 Drews, Lehrbuch der Logik, S. 405

258 Ziehen, Lehrbuch der Logik, S. 761

259 George, Die Logik der Wissenschaftslehre, S. 545

260 Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 144

Tatbestand B.²⁶¹ Die Übertragung gründet sich darauf, daß infolge ihrer Ähnlichkeit in den für die gesetzliche Bewertung maßgebenden Hinsichten beide Tatbestände gleich zu bewerten sind in Bezug auf die Forderung der Gerechtigkeit, Gleichartiges gleich zu behandeln. Nach Esser²⁶² ist bei der Lückenfüllung durch Analogie der maßgebliche Systemzusammenhang, der Aufgabenzusammenhang, zu berücksichtigen. Es ist zurückzugreifen auf Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte; der Problemzusammenhang ist einer vernünftigen Behandlung zuzuführen, um das Recht leistungsfähig zu erhalten.

Auch Sauer²⁶³ weist darauf hin, daß die durch Analogie gefundene neue Norm, die den ungeregelten Sachverhalt erfassen soll, den Grundgedanken beibehalten muß. Die Meinung Sauer's, das Analogie-Verfahren sei in Wahrheit ein Entscheiden "gegen das Gesetz", wird dadurch verständlich, daß er weiter ausführt, es handele sich um ein Entscheiden gemäß der Gerechtigkeitsidee, dem Grundsatz der Gleichbehandlung. Es erscheint aber als fraglich, ob hier eine Entscheidung gegen das Gesetz vollzogen wird.

261 Larenz, S. 366

262 Esser, a. a. O., S. 181, 182

263 Sauer, Juristische Methodenlehre, S. 288

Das Analogie-Verfahren richtet sich nicht gegen das Gesetz, sondern will eine defekte Stelle im Gesetz beheben. Kaufmann²⁶⁴ weist darauf hin, daß der analogiefähige Rechtssatz ein Element der Einheit, einen "festen Kern" aufweist. Sonst ließe er sich nicht begreifen. Andererseits muß er die Fähigkeit haben, den ähnlichen Sachverhalt durch die Klammer der Analogie in ihrer rechtlichen Regelbarkeit gleichzusetzen. Herrfahrdt²⁶⁵ erklärt, daß der Analogie-Schluß, wo er sich von selbst anbietet, das richtige Mittel zur Lückenfüllung sei. Er weist darauf hin, daß der Gesetzgeber²⁶⁶ ein Werturteil gefällt hätte, wenn ihm der zu regelnde Fall zur Kenntnis gekommen wäre. Daraus leitet Herrfahrdt eine psychologische Notwendigkeit her, einen entsprechenden Willen in Bezug auf den unregelten Fall zu entwickeln. Auf jeden Fall muß der Analogie-Schluß dem Beurteilungsmaßstab des Gesetzgebers entsprechen. Übereinstimmung muß in denjenigen Beziehungen bestehen, welche für die Anordnung des Gesetzgebers in dem geregelten Falle bestimmend waren. Danach ist bei der didaktischen Verarbeitung des Rechtssystems der Zweck, den der

264 Kaufmann, Analogie und "Natur der Sache", S. 23

265 Herrfahrdt, Lücken im Recht, S. 7, 30

266 Herrfahrdt, a. a. O., S. 40. 41

Gesetzgeber im Auge hatte, in den Vordergrund zu rücken. Bei der Lückenausfüllung ist die Entscheidung zu finden, die der Gesetzgeber am ehesten oder am meisten gebilligt hätte.²⁶⁷

Nach dieser Auffassung ist zu fragen, wie der Gesetzgeber über den vorliegenden Fall denken würde, welche Regelung er für angemessen halten würde. Der Richter hätte die Rolle des Gesetzgebers zu übernehmen. In diese Richtung scheint auch § 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches zu deuten:

"Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung."

Der Richter darf kein Ober-Gesetzgeber werden. Im schweizerischen Recht ist insofern eine Abschwächung durch den Schlußsatz, der die bewährte Lehre und Überlieferung zur Handlungsmaxime des Richters erhebt, gegeben.

²⁶⁷ Herfahrdt, S. 90

Die Schließung einer Lücke im Gesetz nähert sich dem Verfahren einer neuen Rechtsbildung, der Vorbereitung neuer Gesetzgebung, in einem gewissen Umfange an.²⁶⁸ Der Richter nimmt aber keine rechtspolitischen Erörterungen vor. Grundlage und Grenze der Rechtsfortbildung, die dem Richterrecht gesetzt sind, ist die Lücke im Gesetz, die durch die Pflicht zu gerechter Entscheidung zu füllen ist. Richterliche Rechtsfortbildung betrifft Einzelprobleme, wie sie in dem vorliegenden Fall auftreten. Sie bleibt daher stets an die Modifikation, die sie ergänzt, angelehnt. Sind die beiden Sachverhalte ähnlich, so müssen sich auch die Norm und die (durch Anpassung) gewonnene Hilfsnorm (neue Norm) ähneln.

Die Frage nach der Zulässigkeit der Analogie hängt von der Definition des jeweiligen "Ähnlichkeitskreises" ab.²⁶⁹ Die Bestimmung des "Ähnlichkeitskreises" erfolgt durch Herausarbeitung der ratio legis.²⁷⁰

268 Coing, S. 53

269 Klug, Juristische Logik, S. 123

270 Canaris, System-Denken und System-Begriff in der Jurisprudenz, S. 24, 25: Das Schlußverfahren der Analogie ist teleologischer und axiologischer Natur. Das heißt: Rückführung auf den Wert der Gerechtigkeit und den in diesem enthaltenen Gleichheitssatz.

2. Das Sortenschutzgesetz

Als eine Vorschrift, die vermöge der Analogie die vorhandene Lücke schließen könnte, kommt § 2 SortSchG in Betracht. Diese Vorschrift ist überschrieben mit "Neuheit". In Abs. 1 lautet sie: "Eine Sorte ist neu, wenn sie sich durch wenigstens ein wichtiges morphologisches oder physiologisches Merkmal von jeder anderen Sorte deutlich unterscheidet, die im Zeitpunkt der Anmeldung zum Sortenschutz vorhanden und allgemein bekannt ist."

Es ist zu prüfen, ob diese Vorschrift analog übertragen werden kann. Zu diesem Zweck ist zunächst ihr Schutzgedanke aufzuspüren: Zum privatrechtlichen Schutzinteresse des Züchters kommt das öffentliche Interesse an einer Verkehrsregelung des Saatgutes.²⁷¹

Der Begriff der Sorte als unterste Einteilungsstufe der Kulturpflanzen wird vom Gesetzgeber nicht definiert.²⁷² Sie kann als Variation einer Pflanzenart verstanden werden, die sich deutlich von allen anderen Variationen einer Pflanzenart unterscheidet. Diese Variation kann als eine

271 Leßmann, Der Schutz von Pflanzenzüchtungen im deutschen Recht, DB 1980, 577

272 Leßmann, a. a. O., S. 578 1. Sp.

Weiterentwicklung gedeutet werden. Die Sorte bildet eine nutzungstechnische Einheit.

Die Pflanzenwelt ist botanisch nach einem wissenschaftlichen System in Klassen, Gattungen und Arten eingeteilt.²⁷³ Die Sorte muß, um schutzfähig zu sein, "neu" sein (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 SortSchG). Die Sortenbezeichnung ist gemäß § 30 I Nr. 1 SortSchG in die Sortenschutzrolle eintragbar. Es bestehen hier bereits augenscheinlich gewisse Parallelitäten zum Warenzeichengesetz. Das Sortenschutzgesetz ist allerdings keine Ausnahmenvorschrift zum allgemeinen Warenzeichenrecht. Es braucht daher nicht die Frage geprüft zu werden, ob eine Ausnahmenvorschrift per analogiam ausgedehnt werden kann.²⁷⁴ Das Gesetz ist zwar mit dem Warenzeichengesetz verwandt, stellt aber keine Sonderregelung dar.

Ein Analogieverbot müßte auch geprüft werden. Dieses befindet sich etwa im Strafrecht oder auch im Steuerrecht. Es ist aber hier nicht gegeben. Zwar hat das Warenzeichenrecht auch einen starken öffentlich rechtlichen Einschlag. Bei der vorzunehmenden Analogie handelt es sich aber nicht um eine belastende öffentliche Tätigkeit. Vielmehr soll der private Zeicheninhaber einige Rechte in "begünstigender" Behandlung erfahren.

273 Wuesthoff, Kommentar zum Sortenschutzgesetz, S.45

274 Engisch, a. a. O., S. 147, 148, hält eine Ausnahmenvorschrift in den Grenzen des Grundgedankens auch für analogiefähig.

Das Analogieverfahren ist in unserem Falle in den folgenden gedanklichen Schritten zu vollziehen:

- (1.) Gemeinsam ist der Regelung des § 2 Abs. 1 SortSchG und der Lücke bezüglich der Behandlung der neuen Ware im Zeichenrecht, daß eine Abgrenzung einer eintragungsfähigen Handelseinheit gegenüber einer anderen vorzunehmen ist. Diese Feststellung der Unterscheidbarkeit ist die ratio legis in beiden Fällen. Insofern liegt eine Übereinstimmung im Grundgedanken vor. Gegen eine analoge Anwendung des § 2 I SortSchG könnte eingewandt werden, diese Vorschrift sei wegen ihrer anderen Aufgabe nicht auf das Warenzeichenrecht übertragbar. § 2 I SortSchG befaßt sich mit der Neuheit der Sorte, indem das in § 1 I Ziffer 1 SortSchG enthaltene Tatbestandsmerkmal "neu" erläutert wird. Damit dient § 2 I SortSchG dem materiellen Sortenschutz. Diese Norm hat eine patentrechtsähnliche Funktion. Sinn und Zweck des Warenzeichenrechts sind hingegen lediglich die Kennzeichnung und formelle Unterscheidbarkeit einer Ware im Handel. Es erscheint als zweifelhaft, ob diese ratio legis eine sinngemäße Anwendung auf die Bestimmung des Schutzzumfanges eines Warenkennzeichnungsmittels gestattet, das nicht die Ware selbst schützt, sondern nur ihren "Handelsnamen" verkörpert.

Das Sortenschutzgesetz, das als das "botanische Patentrecht" bezeichnet werden kann, unterscheidet sich vom Patentrecht indes dadurch, daß es sowohl den sachlichen Schutz der Sorte als auch die Sortenzeichnung regelt. Das Patentgesetz verlangt als Anmeldungserfordernis eine Bezeichnung (§ 26 Abs. 1 Satz 3 PatG). Dies ist nur eine kurze technische Benennung, die für die Veröffentlichung bestimmt ist. Die Interessenten sollen daraus ersehen können, um welche Erfindung es sich handelt. Das hat nichts zu tun mit dem Handelsnamen eines patentierten Gegenstandes. Dafür ist das Warenzeichengesetz zuständig. Demgegenüber gilt § 2 SortSchG nicht nur für den Sachschutz. Diese Vorschrift gibt die neue zu kennzeichnende Sorte an. Sie bestimmt dadurch, welche Sorte selbstständig kennzeichnungsfähig und -pflichtig ist. Das Gesetz erklärt die Sortenbezeichnung in § 1 Abs. 1 Ziffer 4 zur Voraussetzung des Sortenschutzes. Es vereinigt patentrechtliche und zeichenrechtliche Elemente. Das SortSchG ist damit nicht nur das "Patentgesetz", sondern auch das "Warenzeichengesetz" des Pflanzenzüchters. Von der Sortenbezeichnung selbst handelt § 8 des Gesetzes. Diese Bestimmung bezieht sich ausschließlich auf die angemeldete, also die neue Sorte.

Absatz 1 des § 2 SortSchG ist gedanklich zu ergänzen: "Als neue Sortenbezeichnung ...", Absatz 2 Ziffer 1: "... die Unterscheidung der neuen Sorte ...". Uno actu erfolgen Anmeldung der neuen Sorte als Schutzobjekt und Anmeldung der Bezeichnung dieser neuen Sorte. § 2 SortSchG hat, da er auf Grund der Anlage des Gesetzes gemeinsam mit dem sachlichen Sortenschutz die Sortenbezeichnung regelt, eine Doppelfunktion. Weil sich § 8 auf die in § 2 definierte neue Sorte bezieht, gibt diese Vorschrift auch mit kennzeichnungsrechtlicher Wirkung Auskunft, was eine neue Sorte ist, die eine eigene Bezeichnung erfordert, aber auch beanspruchen kann. Die neue Sorte als die legitimierte Trägerin eines eigenen Namens wird gegenüber einer vorhandenen, also einer alten Sorte abgegrenzt. Die Sortenbezeichnung bezweckt die Identifizierung und die Unterscheidung der neuen Sorte im Verkehr. Sie entspricht somit dem Warenzeichen der neuen Sache. Sie hat keinen äußerlich erkennbaren Bezug zum Unternehmen des Züchters, sondern zur Sorte. Auch insofern ähnelt sie der modernen Auffassung vom Warenzeichen. Der Begriff der Neuheit tritt in beiden Fällen auf. Einmal handelt es sich um die neue Ware und zum anderen um die neue Sorte. Die Neuheit der Sorte entspricht der nicht mehr zurechenbaren neuen Ware. Die Sortenbezeichnung ist eintragungsfähig wie das Warenzeichen.

- (2.) Die Sortenbezeichnung kann auch als Warenzeichen geschützt und benutzt werden. Hier liegt eine Gleichheit im Sinne einer strukturellen Gleichheit vor. Aus § 9 Abs. 1 SortSchG ergeben sich die Gleichwertigkeit und Austauschbarkeit von Warenzeichen und Sortenbezeichnung.
- (3.) Das Sortenschutzgesetz verlangt für die Gewährung des Sortenschutzes - außer der Neuheit - noch weitere Voraussetzungen (§ 1 Abs. 1 SortSchG):
- a) Hinreichende Homogenität,
 - b) Beständigkeit,
 - c) Eintragungsfähige Sortenbezeichnung.

Hier liegen geringfügige Abweichungen vor, die die Ähnlichkeit im Sinne der Übereinstimmung in wesentlicher Hinsicht nicht berühren. Auch das Warenzeichen muß eintragungsfähig sein. Viele Warenzeichen werden etwa mit Rücksicht auf das Freihaltebedürfnis des Wortes nicht eingetragen (§ 4 Abs. 1 WZG).

Im Warenzeichenrecht gibt es bezüglich der zusätzlichen Voraussetzungen für den Sortenschutz Entsprechungen, die für eine analoge Anwendung des § 2 Abs. 1 SortSchG sprechen. Auch im Warenzeichenrecht gilt der Grundsatz, daß die Ware gleich bleiben muß, sonst verliert sie ihren Schutz.

Die Beständigkeit bedeutet, übertragen auf das Warenzeichenrecht, daß die Ware nicht verändert werden darf. Hinreichende Homogenität kann in dem Sinne verstanden werden, daß keine heterogenen Güter zu der eingetragenen Ware angeboten werden.

Die bestehenden Unterschiede sind unwesentlich. Die Norm kann nicht mit der reinen formalen Logik im Hinblick auf eine Analogie analysiert werden. Das Rechtliche kann nur von dem sozialen Sinn der Bewertung von Lebenssachverhalten her verstanden werden. Das für beide Tatbestände wichtige Gemeinsame besteht darin, daß eine Unterscheidung hinsichtlich einer ständigen und unabhängigen Neuheit durch ein wichtiges Merkmal im Sinne einer besonderen Eigenschaft erreicht wird.

- (4.) § 2 Abs. 1 SortSchG bestimmt, wann eine Sorte neu ist. Daß es ein morphologisches oder physiologisches Unterscheidungsmerkmal sein muß, ist ein Spezifikum des Sortenschutzrechtes. Diese Sacheigenschaften der Sorte können nicht unmittelbar auf die Ware übertragen werden. Für die Waren gelten branchenverschiedene Voraussetzungen, die jeweils zu prüfen sind. Übertragbar ist aber der Grundsatz, daß sich eine neue von der alten Sorte sicher unterscheiden muß. Im Warenzeichenrecht muß daher auch der Satz gelten, daß die neue Ware nicht mehr mit der alten übereinstimmt, wenn sich beide durch ein wichtiges Merkmal deut-

lich voneinander unterscheiden.

Der Weg zu dem Grundgedanken des Gesetzes ist nicht eine formale Abstraktion. Sie wird von den Rechtsmaterien selbst her bestimmt. Es gibt nicht nur einen Weg zu dem gesteckten Ziel. Der Gegenstand muß von möglichst vielen Seiten betrachtet werden.²⁷⁵

Obgleich das Sortenschutzgesetz bestimmte Besonderheiten gegenüber dem Warenzeichenrecht aufweist, sind die beiderseitigen Bestimmungsrichtungen geeignet, bestehende Gemeinsamkeiten darzulegen, die es als berechtigt erscheinen lassen, für die Unterscheidung einer Handelseinheit von einer anderen gleiche Kriterien anzuwenden.

§ 2 Abs. 1 SortSchG ist daher bei einer analogen Anwendung auf unseren Sachverhalt wie folgt zu lesen:

"Eine Ware ist (unzurechenbar) neu, wenn sie sich durch wenigstens ein wichtiges Merkmal von der alten Ware deutlich unterscheidet."

Die andere Sorte im Sinne des SortSchG entspricht danach der neuen Ware im Verständnis unserer Arbeit, die nicht dem Warenverzeichnis untergeordnet werden kann. Infolge ihrer Andersartigkeit und Fremdheit bleibt sie außerhalb des Schutzzumfanges des Zeichen der alten Ware.

275 Sauer, a. a. O., S. 243

Es läßt sich daher der allgemeine Rechtsgrundsatz aufstellen, daß sich die in ein öffentliches Register eintragbaren Handelsgüter voneinander abheben und ein eigenes selbständiges Handelsgut bilden, wenn sie sich durch ein wichtiges Merkmal deutlich unterscheiden. Damit ist der Begriff eines relevanten Warenabstandes gemeint, den wir bei dem zeichenrechtlichen aliud kennengelernt haben.

Auch § 2 Abs. 2 SortSchG nennt als Regelbeispiel für eine andere Sorte die Eintragung in ein öffentliches Register. Dem entspricht im Warenzeichenrecht die Eintragung der alten Ware im Warenverzeichnis.

Die im Wege der Analogie gefundene Lösung ist geeignet, eine Fallgerechtigkeit zu gewährleisten. Sie vermag den jeweiligen tatbestandlichen Gegebenheiten sinnvoll zu entsprechen. Das "wichtige Merkmal" ist, da sich unsere Arbeit auf den Einfluß des technischen Fortschritts bezieht, technischer Natur. Dabei ist Technik in einem weiten Sinne zu verstehen, nämlich als das Ergebnis einer mathematisch-naturwissenschaftlichen Forschung. Der technische Fortschritt kann auch dem Bereich der organischen Chemie oder der Biologie angehören. In diesem Sinne kann auch ein "wichtiges morphologisches oder physiologisches Merkmal" gemäß § 2 SortSchG als eine Folge des technischen Fortschritts angesehen werden. Das Merkmal, das die Unterscheid-

dung begründet, ist demnach allgemein durch den technischen Fortschritt hervorgerufen. Hier zeigt sich eine weitere Gemeinsamkeit der beiden Sachverhalte, nämlich der durch die gesetzliche Vorschrift geregelten Verhältnisse und des regelungsbedürftigen Sachverhalts unserer Arbeit. Diese Gemeinsamkeit rechtfertigt zusätzlich den Analogieschluß. Morphologie und Physiologie sind Teilgebiete der Naturwissenschaft, die als solche dem technischen Fortschritt zugänglich sind.

Der Umstand, daß die Sortenbezeichnung einen Warennamen darstellt, vermag den Analogieschluß nicht zu vereiteln. Auch im Warenzeichenrecht können Bezeichnungen neuer Waren als Marken eingetragen werden, sofern kein Freihaltungsbedürfnis der Mitbewerber besteht.

Die Verflechtung von Warenzeichen und Warennamen zeigt sich darin, daß auch umgekehrt Warenzeichen kraft Verkehrsgeltung zu Warennamen erstarken können (Beispiel: "Höhensonne").

Die Bezeichnung der Sorte muß unterscheidungskräftig sein. Die Sorte hat die Eigenschaft, Warenname zu sein. Deshalb liegt es nahe, für die Sortenbezeichnung zumindest die Maßstäbe des § 4 Abs. 2 Nr. 1 WZG zu übernehmen.²⁷⁶

²⁷⁶ Tilmann, Sortenbezeichnung und Warenzeichen, GRUR 1979, 512, S. 513, 1k. Sp.: Das Verhältnis der Sortenbezeichnung zum Warenzeichen ist eine unentschiedene cause célèbre

Vor 1953 haben sich die Pflanzenzüchter zur Sicherung ihrer Vertriebsinteressen in erster Linie des warenzeichenrechtlichen Schutzes bedient.²⁷⁷ Der Entwurf eines Saat- und Pflanzenschutzgesetzes vom 25.1.1930 legte in § 3 Abs. 2 fest, daß das Warenzeichen für die Sortenbezeichnung verwendet werden konnte. Das Saatgutgesetz (Gesetz über Sortenschutz und Saatgut von Kulturpflanzen vom 27.6.1953) gestattete in § 7 Abs. 3 die Eintragung der Sortenbezeichnung als Warenzeichen für den Inhaber. Der Züchter kann die Sortenbezeichnung - statt der Wahl des länger dauernden und kostspieligeren Sortenschutzverfahrens - als nationales Zeichen oder auf der Grundlage seiner deutschen Heimateintragung als IR-Marke schützen lassen. Daraus ergibt sich eine Doppelbedeutung der Sortenbezeichnung. Sie ist zugleich Sortenbezeichnung als auch Warenzeichen.²⁷⁸ Somit besteht eine weitere Annäherung zwischen dem Sortenschutz und dem Warenzeichenschutz.

Geringfügige Unterschiede zum Warenzeichengesetz bestehen darin: Im Sortenschutzrecht geht es bei der Freiheit des Bedürfnisses nur um die betreffende Sorte selbst. Das beruht darauf, daß Zeichen und Gegenstand (Warenname) identisch sind.

277 Vgl. Tilmann, a. a. O., S. 513, r. Sp.

278 Vgl. Tilmann, a. a. O., S. 515

Im Warenzeichenrecht handelt es sich um die Verwendung des Wortes für andere Waren und abgewandelte Zeichen. Das Saatgutgesetz 1953 betrachtete die Sortenbezeichnung als ein mit "starken Sozialbindungen" belastetes privatnütziges Zeichen. Das gilt, wie nachfolgend dargestellt wird, in entsprechender Weise auch für das Warenzeichen.

Das Gesetz über den Schutz von Pflanzensorten (Sortenschutzgesetz) vom 20.5.1968 und das Gesetz über den Verkehr mit Saatgut (Saatgutverkehrsgesetz) vom selben Tage geben dem Züchter die Möglichkeit, die Sortenbezeichnung als Warenzeichen eintragen zu lassen. § 9 Abs. 2 SortSchG bestimmt, daß der Zeitpunkt der Anmeldung der Sorte als Warenzeichen maßgebend ist für den Beginn des Sortenschutzes. Hier wird in Übereinstimmung mit dem Warenzeichen-gesetz auch der Begriff der "Waren" im Gesetz verwandt. Nach dieser Vorschrift sind das Warenzeichen und die Sortenbezeichnung nicht nur miteinander nahe verwandt, sondern geradezu austauschbar.

Das Warenzeichenrecht durchdringt in vielfältiger Weise das Saatgut-Gesetz und das Sortenschutz-gesetz.²⁷⁹

279 Dazu: Heydt. Die warenzeichenrechtlichen Bestimmungen des dem Bundestag vorliegenden Saatgut-Gesetz-Entwurfs, GRUR 1967, S. 453, 456, 461

Dem Sortenschutzgesetz ist zu entnehmen, daß der Abwehrbereich der Sortenbezeichnung enger²⁸⁰ als der Gleichartigkeitsbegriff des Warenzeichenrechts ist. § 4 Abs. 4 Satz 3 WZG stellt in Verbindung mit § 4 Abs. 2 Nr. 6 WZG Warenzeichen und Sortenbezeichnung gleich. Eine mit dem angemeldeten Warenzeichen übereinstimmende ältere Sortenbezeichnung stellt ein absolutes Eintragungshindernis für das Anmeldezeichen dar. Ein solcher Versagungsgrund fehlt, wenn die angemeldete Ware weder eine Sorte derselben botanischen Art noch einer verwandten Art ist. An die Stelle der Warengleichartigkeit treten dieselbe oder die verwandte Sortenart. Dieser geringe Unterschied berührt nicht unsere Arbeit, die sich, wie oben dargelegt wurde, nicht am negativen Verbotungsrecht, sondern am positiven Benutzungsrecht zu orientieren hat.

280 Busse, § 4 Rdn. 126

3. Das wichtige Unterscheidungsmerkmal

Die Feststellung des wichtigen Unterscheidungsmerkmals hat von Fall zu Fall zu erfolgen. Eine typisierende Lösungsmethode kann nicht helfen. Ähnlich ist es bei den Pflanzensorten, deren deutliche Unterscheidbarkeit naturgemäß nur fallweise festzustellen ist und weitgehend von der Artzugehörigkeit der Sorte abhängt.²⁸¹ Als Grund dürfte, wie im Sortenschutzrecht, gelten, daß zumindest dann der Unterschied hinreichend deutlich ist, wenn der Unterschied gegenüber der Vergleichsware (Vergleichssorte) für den durchschnittlichen Fachmann erkennbar ist.²⁸² Im Einzelfalle mögen Schwierigkeiten auftreten, welches von verschiedenen Merkmalen²⁸³ als wichtig anzusehen ist. Die "deutliche Unterscheidung" ist ein zusätzliches Kriterium der Wichtigkeit, ihre Auswirkung. Die Wichtigkeit des Merkmals wird an der Fähigkeit, eine deutliche Unterscheidung herbeizuführen, gemessen. Erforderlichenfalls muß der Sachverständige die Frage der "Wichtigkeit des Merkmals" ergründen. Das ist nicht ungewöhnlich. Auch in anderen Bereichen, in denen technische Fragen zur Entscheidung anstehen, wird der Sachverständige zu Rate gezogen.

281 Leßmann, a. a. O., S. 578, r. Sp.

282 Leßmann, a. a. O.

283 Die Statistik kennt quantitative und qualitative Merkmale, bei letzteren veränderliche und unveränderliche, äußerlich erkennbare und nicht erkennbare Merkmale (vgl. Flaskämper, Allg. Statistik, Teil I, S. 46)

Die Lösung ist praktisch anwendbar. Dafür mag ein Beispiel angeführt werden: Hatte ein Zeichenhhaber bislang Fahrräder unter einer bestimmten Marke angeboten und gestattete ihm der technische Fortschritt den Einbau eines Motors als Antriebsmittel, so erscheint diese technische Erfindung als ein wichtiges Merkmal. Es läßt die neue Ware "Motorrad" entstehen, die der alten Ware "Fahrrad" wegen dieses wichtigen und deutlichen Unterscheidungsmerkmals nicht unterzuordnen ist. Diese Unterscheidung ist auch deutlich. Die Deutlichkeit ergibt sich aus der veränderten Antriebskraft, der weitaus höheren Geschwindigkeit, der Zugehörigkeit zum benzinverbrennenden Motorfahrzeug, der besonders erforderlichen Qualifikation für die Führung (Führerschein), der erhöhten Wartung, den besonderen Unfallgefahren, des Alters zum Führen usw.. Diese Folgen ergeben sich sämtlich aus dem deutlichen Unterschied.

Es wird möglich sein, das wichtige Unterscheidungsmerkmal für die Trennung der neuen von der alten Ware zu finden. Auf dem weit schwierigeren Gebiet der Warengleichartigkeit haben sich brauchbare Erkennungsmerkmale herausgebildet.²⁸⁴ Dort gilt der Satz, daß gleichartige Waren als aus demselben Geschäftsbetrieb stammend angesehen werden.²⁸⁵ Für die Zurechenbarkeit der neuen zum Warenverzeichnis der alten Ware kommt es weniger auf die Herkunft aus demselben Betrieb an. Das ist eine Voraussetzung, die

284 Siehe dazu oben Seite 7

285 Baumbach-Hefermehl, § 5 WZG Rdn. 75

für die Erstreckung des Wareneintrages auf die neue Ware nicht ausreicht. Maßgebend ist der Schutzzumfang des Zeichens, der sich nach der eingetragenen alten Ware bestimmt. Nicht auf denselben Geschäftsbetrieb, sondern auf die "Gleichwertigkeit" von neuer und alter Ware ist abzustellen. In Anlehnung an den patentrechtlichen Gleichwert wollen wir für die Zurechenbarkeit der neuen zum Warenverzeichnis der alten Ware den Ausdruck **W a r e n g l e i c h w e r t** einführen. Im Vergleich zum Sortenschutzgesetz kann sich aus dessen besonderer Schutzfunktion eine Abweichung ergeben, die eine Modifizierung des Begriffs des "wichtigen Unterscheidungsmerkmals" als angezeigt erscheinen läßt. Das Warenzeichenrecht schützt den Geschäftsverkehr mit Waren. Das Sortenschutzgesetz sieht die Züchtung einer neuen Sorte, also eine geistige Leistung, als schutzbedürftig an. Durch die Koppelung der Namensgebung der Sorte an die Anmeldung der neuen Züchtung wird zugleich der Handelsname der neuen Sorte bestimmt. Es darf indes nicht übersehen werden, daß der materielle Schutz der neuen Sorte für den Züchter einen größeren Stellenwert gegenüber der sich gleichsam als eine Sekundärfolge ergebenden Benennung hat.

Das Warenzeichenrecht bietet einen Schutz gegen unlauteren Wettbewerb im weiteren Sinne.²⁸⁶ Es steuert ein ordnungsgemäßes Marktverhalten der Mitbewerber. Das technisch bedingte "wichtige Unterscheidungsmerkmal" ist daher unter Berücksichtigung der Marktbedingungen zu konkretisieren. Erachten die beteiligten Verkehrskreise die neue Ware nicht mit der alten Ware als gleichwertig, ist das ein Anzeichen für den Vorhandensein

286 Busse, WZG Einf. 4

eines wichtigen Unterscheidungsmerkmals. Auf Grund der vorangegangenen Untersuchungen kommen als wichtige Unterscheidungsmerkmale in Betracht:

- a) Eine abweichende Funktion der neuen Ware,
- b) der fehlende technische Entwicklungszusammenhang.

Bewirkt im Falle zu b) der technische Fortschritt eine Veränderung der Ware in Form einer "Mutation" zur Bildung einer neuen "Art", so zeigt sich darin ein wichtiges Unterscheidungsmerkmal. Das Moment der gleichbleibenden Funktion (a) ist dem Sortenschutzrecht naturgemäß fremd. Ein eigener Handelsname der neuen Ware ist nicht unbedingt erheblich; treten doch im Rahmen der technischen Verbesserung bisher ungewohnte Warenbezeichnungen auf, welche den Warengleichwert nicht berühren. Hat die neue Ware eine eigenständige, von der alten Ware unabhängige Marktgängigkeit, so kann, braucht jedoch nicht ein wichtiges Unterscheidungsmerkmal vorzuliegen. Dieses ist erst dann gegeben, wenn der Verwendungszweck verschieden ist.

Das wichtige trennende Merkmal hebt die auf dem Eintrag im Warenverzeichnis beruhende Bindung der neuen an die alte Ware auf. Der Warenabstand wird dadurch so erheblich groß, daß die für eine Zuordnung der neuen Ware zur Ware des alten Zei-

chens notwendige Gemeinsamkeit beider Waren beseitigt wird. Ein wichtiges Merkmal ist ein wesentliches. In unwesentlichen Merkmalen dürfen sich neue und alte Ware voneinander unterscheiden; gleichwohl bleibt die vorhandene Warenangabe für die neue Ware verbindlich.

Ein wichtiges Unterscheidungsmerkmal liegt nicht nur im technisch-funktionellen Wirkungsbereich der neuen Ware. Das Hinzutreten einer wichtigen Markteigenschaft kann den Verlust der wirtschaftlichen Zusammengehörigkeit von alter und neuer Ware herbeiführen. Dadurch unterscheidet sich eine nicht mehr gleichwerte neue Ware des Zeichenrechts vom Neuheitsbegriff des Sortenschutzrechts, der die Marktverhältnisse unberücksichtigt läßt. Eine solche wirtschaftliche Betrachtungsweise beim Feststellen eines wichtigen Unterscheidungsmerkmals ist dem Sortenschutzrecht unbekannt. Im Sortenschutzrecht entsteht nicht die Frage, ob die "neue Sorte" der alten zugerechnet werden kann; die neue Sorte ist immer selbständig neu zu benennen. Das Warenzeichenrecht spaltet die neue Ware in eine zurechenbare und in eine nicht mehr zurechenbare auf. Es bedarf daher der Feststellung einer "inneren Einheit" von alter und (zurechenbarer) neuer Ware als Rechtfertigungsgrund für ihre gleiche Kennzeichnung. Diese Einheit besteht in technischer Beziehung, die durch den technischen Konnex gegeben ist, aber auch in marktwirtschaftlicher Hinsicht unter der Maßgeblichkeit der Verkehrsauffassung.

E. Die bei der Verwendung des Zeichens für die neue Ware zu berücksichtigten Interessen

1. Die Freiheit des Wettbewerbs

Ein Einsatz des (alten) Warenzeichens für die neue Ware darf nicht die schutzwürdigen Interessen anderer Marktbeteiligter verletzen. Die Stellung der Mitbewerber als auch die Belange der Verbraucher verlangen eine interessengerechte Beachtung.

Dem Inhaber gewährt das Zeichen ein absolutes Ausschlußrecht. Es verkörpert für ihn einen erheblichen Kapitalwert, der sich durch eine erfolgreiche langjährige Verwendung bildet.

Das Markenschutzrecht ist auf der anderen Seite ein Bestandteil des allgemeinen Wettbewerbsrecht. Das bedeutet, daß der Gebrauch der durch das Zeichen verliehenen Ausschließlichkeit nicht die Wettbewerbsfreiheit einengen darf. Die Fortführung des Zeichens für die neue Ware darf nicht den unbeschränkten Marktzugang konkurrierender Erzeugnisse stören.

Kann der Unternehmer A sein altes Zeichen für seine fortentwickelte Ware benutzen, so darf

dieses Recht nicht dazu führen, daß etwa ein neu auf dem Markt erschienener Unternehmer B beim Vertrieb seines ähnlichen Produktes gehindert wird. Für B ist die neue Ware seines Konkurrenten A keine neue Ware im Sinne unserer Arbeit, sondern möglicherweise gerade ein von ihm entwickeltes Erzeugnis, für das er einen Zeichenschutz vergeblich begehrt.

Das Warenzeichenrecht verleiht ein Kennzeichnungsmonopol. Es bezweckt aber nicht den Schutz eines Warenmonopols mit der Folge, daß kein Wettbewerb mehr gegeben ist.

Nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen können Warenzeichen gemäß den Bestimmungen der §§ 15 - 18 beurteilt werden. Hier sind Schranken errichtet, die in einer unbilligen Beschränkung des Marktzuganges und in einer wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorsichtig formuliert sind.²⁸⁷

Allerdings erfassen diese Vorschriften nur Individualverträge zwischen Zeicheninhabern über die Verwertung von Warenzeichen.²⁸⁸ § 20 GWB spricht bestimmte gewerbliche Schutzrechte an.

²⁸⁷Vgl. Gemeinschaftskommentar, zu §§ 15 - 18
Anm. 20 GWB

Langen, § 20 GWB Tz 16 - 31

²⁸⁸Frankfurter Kommentar, § 18 Tz 10

Diese Vorschrift enthält aber eine erschöpfende Aufzählung. Eine erweiternde Auslegung oder analoge Anwendung auf Warenzeichen ist wegen des Analogieverbotes für strafbewehrte Tatbestände unbestritten nicht möglich.²⁸⁹ Das Kartellrecht kann mithin unser Problem nicht lösen. Ohnehin gefährdet eine Marktaufteilung durch Warenzeichen-Verträge weniger die Wettbewerbsfreiheit auf dem nationalen Markt²⁹⁰, sondern mehr auf dem internationalen Markt.²⁹¹

Der BGH²⁹² hat in einem anderen Zusammenhang festgestellt, daß das Warenzeichenrecht nicht dazu bestimmt ist, dem Zeicheninhaber ein Vertriebsmonopol bis zum Endverbraucher hin zu sichern. Das alleinige Recht des Zeicheninhabers erschöpft sich im Einsatz der gezeichneten Ware im Handel. Der erste Abnehmer und erst recht der nachfolgende Verkehr sollen in der freien Verwendung der Ware nicht gehindert werden. Der Markeninhaber kann

289 Müller-Gries-Gießler, § 20 GWB Anm. 7

290 Immenga-Mestmäcker, § 20 GWB Rdn. 375 zählt eine Reihe von Wettbewerbsbeschränkungen durch Warenzeichenlizenzen auf.

291 Rüttgen, Marktbeherrschung durch Warenzeichen? GRUR Int. 1968, 110;

Schneider, Die internationalen Verhaltensregeln für die Werbepaxis, GRUR Int. 1968, 44, 46, weist darauf hin, daß Art. 10^{bis} PVÜ den unlauteren Wettbewerb zu einem internationalen Rechtsbegriff geformt hat.

292 BGH, GRUR 1964, 372, 374

den weiteren Vertrieb der Ware nicht kraft seines zeichenrechtlichen Verbotungsrechts bestimmen; dazu wären schuldrechtliche Verträge nötig.

Dem Monopolschutz des Inhabers kann ein schutzwürdiges Freihaltebedürfnis der Mitbewerber an bestimmten Bezeichnungen entgegenstehen. Eine dementsprechende Eingrenzung des Monopolschutzes könnte den Erfordernissen der Wettbewerbsfreiheit gerecht werden.

Nur dann, wenn die Ware in der Weise geändert worden ist, daß die Herkunfts- und Garantiefunktion des Zeichens beeinträchtigt ist, kann der Zeicheninhaber die Benutzung des Zeichens beim weiteren Vertrieb der Ware als ein widerrechtliches neues Anbringen des Zeichens verbieten lassen.

Ein anderes Problem ergibt sich aus dem Umstand, daß die dem Warenverzeichnis zurechenbare neue Ware ein gegenüber der alten Ware erweitertes Verbotungsrecht erschließt. Das kann sich ergeben, wenn die neue Ware gegenüber zusätzlichen fremden Waren warengleichartig ist, die es möglicherweise zum Zeitpunkt der Anmeldung des Zeichens (für die alte Ware) noch nicht gab. Der Inhaber des für seine alte und damit prioritätsältere Ware eingetragenen und für seine neue Ware gültigen Zeichens hat hier ein weitgehendes formelles Verbotungsrecht.

Seine Geltendmachung kann junge Unternehmen in einer ungebührlichen Weise am Vertrieb ihrer Erzeugnisse behindern.

Das Verhältnis des Warenzeichenrechts zum Wettbewerbsrecht des UWG ist durch den Widerstreit zwischen dem Lauterkeitsprinzip, den Erfordernissen der Rechtssicherheit und der Freiheit des Wettbewerbs charakterisiert. Auf die sich daraus ergebenden Probleme braucht nicht eingegangen zu werden. Bemerkenswert ist der Reformvorschlag zum Warenzeichengesetz.²⁹³ Der geplante § 16 WZG soll lauten:

"Durch die Eintragung einer Marke wird niemand gehindert, Angaben über Art, Zeit und Ort der Herstellung, über die Beschaffenheit, über die Bestimmung, über Preis-, Mengen- oder Gewichtsverhältnisse oder sonstige beschreibende Angaben in verkehrsüblicher Weise im Rahmen des lautereren Wettbewerbs zu benutzen. Durch die Eintragung einer Marke wird ferner niemand daran gehindert, sich unter seinem eigenen Namen im geschäftlichen Verkehr im Rahmen des lautereren Wettbewerbs zu betätigen."

Eine solche Gesetzesänderung würde das Warenzeichenrecht ausdrücklich - wenigstens in einem Teilbereich - den Grundsätzen eines lautereren Wettbewerbs unterstellen. Das Zeichenrecht würde dadurch auch vom Gesetzgeber als ein Bestandteil des Wett-

293 Dazu: Droste und Reimer, Zur Reform des deutschen Warenzeichengesetzes, GRUR 1974, 636, 643

bewerbsrecht²⁹⁴ anerkannt, ohne ihm einen minderen Rang gegenüber dem Wettbewerbsrecht zu geben.²⁹⁵

Die Voraussetzungen des § 1 UWG sind im Einzelfalle regelmäßig nicht gegeben. Die Ausübung eines dem Inhaber zustehenden Zeichenrechts ist grundsätzlich nicht sittenwidrig im Sinne dieser Vorschrift.²⁹⁶ Noch weniger ist dem Zeicheninhaber ein schuldhaftes Verhalten im Sinne des § 826 BGB anzulasten.²⁹⁷

Das Zeichenrecht, ein Teil des Wirtschaftsrechts, gewährt dem aus einem Warenzeichen Berechtigten eine wirtschaftliche Macht in Form eines gegen jeden Mitbewerber durchgreifenden Ausschlußrechts. Diese andere ausschließende rechtliche Machtfülle läßt die Frage entstehen, ob es nicht Grenzen in der Durchsetzung des Rechts geben muß, die eine Rücksichtnahme auf die betroffenen Mitbewerber aufzeigen. Eine solche Beschränkung in der Ausübung des Zeichensrechts läßt sich nicht aus dem Gesetz herleiten. Die vom Gesetzgeber aufgestellten Maßstäbe der "Sittenwidrigkeit" (§§ 138, 826 BGB 1 UWG) reichen nicht hin, um ein nicht sittenwidriges und nicht unlauteres, an sich legitimes Publizieren des Zeichenrechts zu erfassen.

294 Baumbach-Hefermehl, Einl. 22 WZG stellen den treffenden Satz auf: "Wer ein Warenzeichen benutzt, betätigt sich wettbewerbsrechtlich."

295 Das Reichsgericht sprach teilweise von einer "höheren Ordnung" des Wettbewerbsrechts gegenüber dem formalen Zeichenrecht (RGZ 97, 90; 111, 192)

296 Eine Ausnahme besteht bei einer mißbräuchlichen Ausübung des Zeichenrechts, BGHZ 15, 110

297 Bei einem Rechtsmißbrauch kann § 826 BGB anwendbar sein, vgl. Baumbach-Hefermehl Einl. 23 WZG

Auf dem extremen Rande gesetzlicher Lösungsregeln steht das Schikanenverbot des § 226 BGB; dessen Voraussetzung ("... wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen") ist, soweit ersichtlich, im Zeichenrecht selbst in kras- sen Ausnahmesituationen nicht erfüllbar. Die sich aufdrängende Rechtsfrage kann auch nicht durch Gesetzesauslegung oder durch eine gesetzes-immanente Rechtsfortbildung (Analogie, teleologischer Reduktion eines Gesetzesprinzips) bewältigt werden. Eine plan- widrige Lücke des Gesetzes, die mit Hilfe dieser Rechtsinstitute behoben werden könnte, ist erkenn- bar nicht vorhanden.

Läßt sich ein außergesetzliches²⁹⁸, aber rechts- ethisches²⁹⁹ Prinzip erkennen, das eine über den Plan des Gesetzes hinausgehende, eine gesetzes- übersteigende Rechtsfortbildung gestattet?

Rechtsethische Prinzipien sind richtunggebende "übergesetzliche" Maßstäbe, die vermöge ihrer ei- genen inneren Überzeugungskraft eine rechtliche Entscheidung tragen. Diese Kraft erzeugt ihr materieller Gerechtigkeitsgehalt. Sie stellen daher besondere Ausprägungen der Rechtsidee dar.³⁰⁰

298 Esser, Grundsatz und Norm, 306 ff.

299 Larenz, 402

300 Larenz, 410, 416

Für die Ausübung des Zeichenrechts läßt sich ein allgemein verbindlicher Gesichtspunkt erkennen, der einen den Prinzipien der Wettbewerbsfreiheit und der Lauterkeit der Werbung angemessenen Gebrauch des Ausschließlichkeitsrechts gewährleisten könnte. Für den Ausschluß etwa des Bezugsrechts bei der Kapitalerhöhung einer Aktiengesellschaft hat der BGH entschieden, daß diese Maßnahme bei einer gebührenden Berücksichtigung der Folgen für die Betroffenen durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein muß.³⁰¹ Diese Entscheidung, welche zwar lediglich die Verbandsmacht anspricht, kann mit Wiedemann³⁰² als der Durchbruch eines neuen Rechtsbewußtseins bezeichnet werden. Als "schwerwiegende Gründe", die einen Bezugsrechtsausschluß rechtfertigen, hat Wiedemann Sanierungszwecke und einen durch die Eigenmittel der Gesellschafter nicht zu befriedigenden Kapitalbedarf herausgestellt.³⁰³

301 BGHZ 71, 40 (Kali & Salz AG)

302 Wiedemann, Gesellschaftsrecht, S. 446

303 Wiedemann in: Aktiengesetz, Großkommentar
§ 186 Anm. 13

Füchsel, Probleme des Bezugsrechtsausschlusses im deutschen Aktienrecht, BB 1972, 1533, 1536, 1538, führt das Gesellschaftsinteresse sowie das Interesse der Aktionäre und der Verwaltung als sachliche Rechtfertigungsgründe an.

Das Postulat, ein gesellschaftsrechtliches Ausschlußrecht sachlich einzusetzen, findet sich bereits in einer früheren höchstrichterlichen Entscheidung.³⁰⁴

In einem Urteil aus dem Oktober 1960 hat das oberste Zivilgericht in verdienstvoller Weise geklärt, daß es nicht darauf ankommt, ob der Ausschluß des Bezugsrechts wegen Gesetzverstoßes oder wegen Sittenwidrigkeit nichtig ist. Damit ist eine Trennungslinie zwischen dem gesetzten Recht und einer das Gesetz überschreitenden Rechtsschöpfung aufgezeigt.³⁰⁵

Eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung geschieht immer dann, wenn ein rechtsethisches Prinzip oder doch ein neues Anwendungsgebiet für ein solches Prinzip erstmalig unter Bildung einer Fallgruppe angesprochen wird.³⁰⁶ Dölle³⁰⁷ spricht von "juristischen Entdeckungen", die einen grundsätzlichen neuen Erkenntniswert über die inneren Zusammenhänge des Gerechten besitzen und die diejenigen erreichen mögen, für die sie bestimmt sind. Noch nicht positivierte Rechtsprinzipien haben ihre "Inkubationszeit", bis sie zur selbständigen rechtsethischen Anerkennung gereift sind; sie brechen durch

304 BGHZ 33, 175, 186

305 Die frühere höchstrichterliche Rechtsprechung hat die Schranken des Bezugsrechtsausschlusses in der Sittenwidrigkeit (RGZ 107, 202), in dem Grundsatz von Treu und Glauben (RGZ 146, 71, 76) und dem Gleichbehandlungsgrundsatz (RGZ 119, 248) gesehen.

306 Larenz, S. 411

307 Dölle, Juristische Entdeckungen, in: Verhandlungen des zweiundvierzigsten deutschen Juristentages, Band II, B 15, B 22

die Bewußtseinsschwelle ins juristische Denken ein.³⁰⁸
Im Ergebnis erfüllen diese rechtsethischen Prinzipien die Forderung nach einer ausgleichenden Gerechtigkeit. Ihre Begründung haben sie nicht im Gesetz. Das Warenzeichengesetz kennt keine Einschränkung in der Ausübung des Warenzeichens auf Grund einer sozialen Verpflichtung.

Ein solches Prinzip ist das von der Rechtsprechung formulierte und von der Wissenschaft aufgenommene Gebot, ein Ausschlußrecht sachlich, d. h. nicht willkürlich auszuüben.³⁰⁹ Dieses Prinzip ist nicht durch den Gleichheitssatz zu begründen. Es besteht eine vom Gesetz zugelassene Ungleichheit zwischen dem durch das Ausschlußrecht Bevorzugten und dem Ausgeschlossenen.

Im Hinblick auf das zeichenrechtliche Ausschließungsrecht scheinen die konkurrierenden Unternehmer, von denen der eine als der Zeicheninhaber begünstigt ist, in einem weniger engen Verhältnis als die durch die Satzung und die Organisation einer Aktiengesellschaft verbundenen Aktionäre zueinander zu stehen. Diese sind allerdings infolge der Fungibilität der Aktien einem ständigen Wechsel ausgesetzt. Die durch die

308 Esser, a. a. O., S. 53

309 Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, S. 175 ff., erkennt eine ungleiche Behandlung der Aktionäre dann für sachlich berechtigt an, wenn sie nicht den Charakter der Willkür trägt.

Gesellschaftsform gewährte Anonymität bewirkt zudem, daß sich die Aktionäre meistens nicht kennen. Zwischen ihnen knüpfen lediglich die Beteiligungen am Kapitalfonds der Aktiengesellschaft ein loses Band. Die Intensionen der Aktionäre sind unterschiedlich; sie reichen vom spekulativen Gewinnstreben bis zur langfristigen Kapitalanlage. Nicht das Wohlergehen der Publikumsgesellschaft, sondern das eigene Profitdenken steht im Vordergrund.

Im Warenzeichenrecht sind die Mitbewerber immerhin Teilnehmer eines gemeinsamen Marktes. Dieser Umstand zwingt nicht zur Aufgabe des betriebsindividuellen Gewinnstrebens. Doch liegt in der Branchengemeinsamkeit und einer sich daraus ergebenden Marktkollegialität, die gleichsam ein soziales Beziehungsgefüge bildet, ein Grund, eine rücksichtslose Konkurrenz zu vermeiden. Der einzelne Wettbewerber ist mit seinem Handeln in das gesamte Wettbewerbsverhältnis eingebunden. Das erfordert die Beachtung einer Fairneß. Nicht durch die gegebene Sachlage als notwendig erscheinende Maßnahmen sind zu unterlassen.

Wenn auch unter Kaufleuten nicht ein so ausgeprägtes Ständesrecht wie etwa bei Rechtsanwälten vorherrscht, das ihre Aktivitäten zügelt, bestehen doch gemeinsame Organisationsformen, wie Handelskammern und Branchenverbände, die verbindliche Richtlinien festlegen und das Verhalten ihrer Mitglieder überwachen. Ein Ständesbewußtsein und ein Zusammen-

gehörigkeitsgefühl der Kaufmannschaft finden ihren Ausdruck in den zahlreichen Berufsvereinigungen der selbständig Gewerbetreibenden.

Die Marktbezogenheit und die verschiedenen beruflichen Gemeinsamkeiten der Mitbewerber lassen es als gerecht erscheinen, auf sie das rechtsethische Prinzip anzuwenden, demzufolge die rechtliche Bevorzugung eines einzelnen durch ein Ausschlußrecht des Warenzeichens diesen verpflichtet, von seinem Recht in Bezug auf seinen ausgeschlossenen Mitbewerber und Marktgenossen nur sachlich Gebrauch zu machen. Dieses Prinzip gewährleistet eine soziale Gebundenheit innerhalb des Warenzeichenrechts.

Die Lehre von der unzulässigen Rechtsausübung findet ihre gesetzliche Bestätigung in § 242 BGB. Die sittliche Rechtsidee, die außer durch Treu und Glauben durch die guten Sitten geprägt wird, zeigt die Innenschranken des Rechts, die Relativität des Rechtsinhalts, auf.³¹⁰ Danach hat jedermann sein Recht innerhalb dieser Grenzen auszuüben; ihre Überschreitung ist eine unzulässige Rechtsausübung. Dieser auf einem Treuverstöß beruhende Rechtsmißbrauch setzt eine rechtliche Beziehung zwischen den Beteiligten voraus.

Eine solche Sonderbindung, die einen Rückgriff auf Treu und Glauben gestattet, hat das Bundesarbeitsgericht im Verhältnis der Arbeitnehmer desselben Betriebes zueinander gesehen.³¹¹

³¹⁰ vgl. Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 106 ff.;
Palandt-Heinrichs, § 242 BGB Anm. 1 a, 2 a

³¹¹ BAG 5, 16

Das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis ist als ein Rechtsinstitut anerkannt worden, das eine Rücksichtnahme auf den Nachbarn fordert.³¹² Dieses Verhältnis gehört zu den Fallgruppen, bei denen "ein rechtsethischer Durchbruch durch das Gesetzesrecht" stattgefunden hat.³¹³ Die Begründung rekuriert, während das außergesetzliche rechtsethische Prinzip hervorgehoben wird, auf § 242 BGB. Die Generalklausel soll allgemein der Verwirklichung der sozialen Gerechtigkeit, dem Ausgleich von Interessengegensätzen dienen.³¹⁴ Auf der anderen Seite ist aber bemerkenswert, daß das Nachbarrecht als ein Teil des Sachenrechts den Ausschließungscharakter der dinglichen Rechte trägt.

Zwar besteht eine Rechtsmacht des Ausschlusses als auch ein durch parallele Interessen geformtes markt-orientiertes "nachbarliches" Gemeinschaftsverhältnis unter den Mitbewerbern im Warenzeichenrecht. Ein Überstrapazieren der Grundsätze von Treu und Glauben erscheint indes nicht angezeigt. Das für das Gesellschaftsrecht ausgesprochene allgemeine Prinzip der sachlichen Ausübung eines Ausschlußrechts kann als ein eigenständiges gesetzesüberschreitendes Institut

312 Mühl, Grundlagen und Grenzen des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses, NJW 1960, 1133, 1134

313 Vgl. Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242, S. 37

Mühl, Treu und Glauben in Sachenrecht, NJW 1956, 1659, 1660

314 Mühl, Grundlagen und Grenzen des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses, S. 1136

außerhalb von Sonderbeziehungen überzeugend und tragfähig sein.

Dieses Prinzip unterbindet eine unsachliche Ausübung eines Zeichenrechts. Gegebenenfalls kann eine sachgerechte Interessenabwägung Hilfe bringen. Äußerstenfalls muß es im Interesse der Wettbewerbsfreiheit hingenommen werden, daß zwei verwechselungsfähige Zeichen für gleichartige Waren nebeneinander bestehen. Dieser Kompromiß setzt voraus, daß es für keinen der beiden Zeicheninhaber zumutbar ist, auf ein anderes Zeichen, sei es auch durch Neuankmeldung, auszuweichen. Das öffentliche Interesse an einer jede Marktverwirrung verhindernden Klarheit und Einmaligkeit des Zeichens müßte zurücktreten. Dieses Interesse läßt durch das patentamtliche Anmeldeverfahren, das die Übereinstimmung des neu angemeldeten mit dem eingetragenen Zeichen nicht von Amts wegen prüft, das Nebeneinander solcher Zeichen zu. Erhebt der Inhaber eines verwechselungsfähigen Zeichens keinen Widerspruch, wird dem Antrag auf Eintragung stattgegeben. Privatrechtlich können zwei Zeicheninhaber durch sogenannte Vorrechtserklärung zudem vereinbaren, daß ihre an sich verwechselbaren Zeichen nebeneinander bestehen und benutzt werden.

II. Der Verbraucherschutz

Dem Individualrecht des Zeicheninhabers an der Weiterbenutzung seines Zeichens für die neue Ware steht der Kollektivschutz der Verbraucherschaft gegenüber. Hier sind sozialrechtliche Gesichtspunkte maßgebend.³¹⁵ Beim Verbraucher kann eine Gewöhnung an eine Marke als Folge eines langjährigen Markteinsatzes oder gar einer Verkehrsdurchsetzung eingetreten sein. Der dadurch gebildete Vertrauenstatbestand beruht auf einer Qualitätsvorstellung. Der Verbraucher wird in seiner an ein bestimmtes vertrautes Zeichen geknüpften Erwartung enttäuscht und getäuscht, wenn die Güte der neuen Ware nicht mehr derjenigen der alten Ware entspricht. Das kann der Fall sein, wenn die ursprünglich verwandten Rohstoffe durch einen Kunststoff ersetzt wurden. Die gleichbleibende Funktion der Ware reicht nicht aus. Es kommt auf die gleichbleibenden Eigenschaften, wie etwa Lebensdauer, Stabilität, Wärmebeständigkeit usw. an. Zeigen sich für den Käufer später Gebrauchs- nachteile, ist eine Weiterverwendung der Marke der alten für die neue Ware problematisch.

315 Baumbach-Hefermehl, § 13 UWG Anm. 18

Im Interesse der Verbraucher sind Irreführungen zu vermeiden. Wird der Verbraucher durch die (werbemäßige) Verwendung eines Warenzeichens getäuscht, so soll nach Kraft die Möglichkeit bestehen, aus §§ 1, 3, 4 UWG gegen den Markeninhaber vorzugehen.³¹⁶ Diese Auffassung verkennt die sich aus dem derzeitigen UWG ergebenden Klagebefugnisse. Das Wettbewerbsrecht gewährt dem geschädigten einzelnen Verbraucher keine Schadensersatzansprüche.³¹⁷ Dem Schutz des Publikums dient das UWG-Recht durch das Klagerecht der Verbraucher-Verbände.³¹⁸ Nach § 13 I a UWG sind lediglich Verbraucher-Vereine für eine Unterlassungsklage aktiv legitimiert. Einen Schadensersatzanspruch hat nach dem UWG - bei Vorliegen eines Verschuldens³¹⁹ - nur der Mitbewerber.

Die Reformvorschläge zum UWG sehen die Einführung eines Schadensersatzanspruchs für die durch unlautere Wettbewerbsmaßnahmen zum Vertragsabschluß bestimmten

316 Kraft, Verbraucherschutz im Markenrecht, GRUR 1980, 416, 418

317 Lehmann, Die bürgerlichrechtliche Haftung für Werbeangaben, NJW 1981, 1233, 1235

318 Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG 57

319 Baumbach-Hefermehl, a. a. O., Einl. UWG 313

gewerblichen Abnehmer und Verbraucher vor.³²⁰
(§ 13 a II der Regierungs-Entwurf und § 13 II CDU/
CSU-Entwurf). Dieser Vorschlag stellt eine Ver-
besserung der Verbraucherstellung dar. Ob der
einzelne Verbraucher von diesem unmittelbaren An-
spruch Gebrauch macht, bleibt abzuwarten. Schwierig
wird im Einzelfall der Nachweis eines Schadens sein.³²¹
Eine (vorbeugende) Unterlassungsklage wird dem ein-
zelnen Verbraucher nicht zugestanden; sein Rechts-
schutzinteresse dürfte auch schwerlich festzustellen sein.

Die Herkunftsfunktion des Zeichens und die dadurch
gegebene Information für den Verbraucher begründen
eine indirekte Qualitätsgarantie. Kraft spricht von
einer durchaus realen Qualitätseigenschaft des Zeichens.³²²
Dieses Wort ist aber nicht dahin zu verstehen, daß der
Kunde einen Rechtsanspruch auf die Einhaltung einer
bestimmten Qualität hätte. Eine solche Garantie ver-
mittelt das WZG nicht³²³. Statt Garantiefunktion

320 Kraft, UWG-Reform zwischen Mitbewerber-, Ver-
braucher- und Wettbewerbsschutz, ZRP 1979, 161
162;

Kreuzer, Behördenbefugnisse in Unlauterkeits-
sachen, WRP 1979, 255, 258;

Reich, UWG-Reform und Verbraucherschutz, ZRP 1978,
100, 101;

Borck, Abermals UWG-"Reform"?, WRP 1978, 333, 335

321 Ulrich, UWG-Novelle - eine Belastung für den Wett-
bewerb? WRP 1978, 339, weist auf die schlechten
Erfahrungen hin, die in der Schweiz mit Schadens-
satzmöglichkeiten der Konsumenten zu beobachten sind.

322 Kraft, a. a. O., S. 417

323 Oppenhoff, GRUR 1973, 433, 435

sollte der Begriff "Vertrauensfunktion" verwandt werden.³²⁴ Denn der Zeicheninhaber hat nicht für die gleichbleibende Beschaffenheit der Ware - wie der Verkäufer für die Abwesenheit von Sachmängeln - einzustehen. Allerdings gründet sich das Vertrauen, das der Kunde einer Marke entgegenbringt, auf den Umstand, daß ihm der Zeichenträger als eine Ware bestimmter Beschaffenheit und Güte bekannt ist; auf Grund seiner Erfahrung und der Werbung für die Ware kann er erwarten, aber nicht fordern, daß sie in ihrer Beschaffenheit und Güte gleichbleibt oder verbessert wird. Dieser Wahrscheinlichkeitsschluß gilt solange, wie der Käufer nicht enttäuscht wird.

Nur der sogenannte Markenartikel setzt eine gleichbleibende oder verbesserte Qualität voraus. Seine weiteren Erfordernisse sind: Markierung, Fertigware, gleichbleibende Aufmachung, größerer Absatzraum, Verbraucher-Werbung, gleichbleibende Menge, Markenpflege und Anerkennung am Markt.³²⁵

Könnte der Abnehmer einer neuen Ware vor den Folgen einer zeichenrechtlichen "Falschdeklaration" geschützt werden, würde das Problem an Schwere verlieren. Erhält der Käufer ein zeichenrechtliches aliud, also eine Ware, welche die benutzte Marke nicht tragen darf, so kann dieser beim Nachweis

324 Baumbach-Hefermehl, Einl. WZG 14

325 Mellerowicz, Markenartikel, S. 12, 16, 21, 24, 27, 29, 31, 34, 36

eines Schadens einen Ersatzanspruch auf die allgemeinen Vorschriften des Kaufrechts gründen. Auch die Rechte einer Anfechtung (§§ 119, 123 BGB) sind ihm beim Vorliegen der Voraussetzungen gegeben. Als verletzter Person stehen dem Verbraucher gegebenenfalls Ansprüche aus unerlaubter Handlung zu.³²⁶ Das setzt aber ein betrügerisches Verhalten des Markenverwenders voraus (§ 823 II BGB in Verbindung mit § 263 StGB).

Ein Verschulden ist zu bejahen, wenn der Verkäufer wußte oder hätte erkennen können, daß er die verkaufte Ware nicht mit dem Warenzeichen hätte versehen dürfen. Die vertragliche und die deliktische Haftung sind indes nur schwach entwickelt. So bilden bloße Werbeanpreisungen keine Zusicherung einer Eigenschaft. Reine Vermögensschäden erfaßt § 823 I BGB nicht. Der Schutz eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Umworbenen im Sinne des § 823 BGB ist noch nicht entdeckt.³²⁷

Es gibt keinen besonderen warenzeichenrechtlichen Schutz. Der einzelne Verbraucher ist einer "Falschdeklaration" der Ware weitgehend schutzlos ausgeliefert.

326 Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG 57

327 Vgl. Lehmann, a. a. O., S. 1238

Im Hinblick auf Reformbemühungen zum Warenzeichenrecht fragen Droste und Reimer resignierend, ob "den bereits mit Recht in den Vordergrund gerückten Notwendigkeiten eines verstärkten Schutzes der Verbraucher vor Irreführung durch eine Änderung des WZG nicht besser Rechnung getragen werden sollte"³²⁸; der Reformvorschlag läßt in dieser Richtung einen Anhalt vermissen.

Das Warenzeichenrecht ist zwar ein Bestandteil des allgemeinen Wettbewerbsrecht.³²⁹ Ein Vertrauen in eine gleichbleibende Warenqualität ist aber kein absolutes Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB; auch ist es durch kein Schutzgesetz im Sinne des Absatzes 2 des § 823 BGB gesichert. §§ 1, 3 UWG stellen keine Schutzgesetze dar. Eine fehlende vertragliche Beziehung gestattet auch keine sinn-gemäße Anwendung von Vorschriften des BGB oder des HGB.

Werbemaßnahmen durch Verwendung von Warenzeichen liegen im Vorfeld vertraglicher Bindungen. Es könnte daher daran gedacht werden, den Rechtsgrundsatz der culpa in contrahendo anzuwenden. Ist es bereits zu einem Vertragsschluß gekommen, greifen - gegebenenfalls - die erwähnten allgemeinen Schutzmechanismen ein.

328 Droste und Reimer, Zur Reform des deutschen Warenzeichengesetzes, GRUR 1974, 636, 637

329 Busse Einf. 23

Baumbach-Hefermehl, Einl. 22

BGHZ 14, 15, 18

Eine Haftung wegen eines Verschuldens vor oder bei Vertragsschluß setzt regelmäßig eine Verhandlung und damit einen (Verhandlungs-) Gegner voraus.³³⁰ Ballerstedt³³¹ spricht vom anderen Teil, vom Verhandlungspartner, aber auch vom Empfänger einer Werbeaussage. Betritt ein Kaufinteressent, von einer im Schaufenster ausgestellten, durch ein Warenzeichen angepriesenen Ware angelockt, das Geschäft, tritt er in das Stadium der Vertragsverhandlungen ein. Als der Beginn eines Verhandelns soll schon die an eine Allgemeinheit gerichtete Werbung, etwa in Zeitungen, angesehen werden.³³²

Die durch einen Verhandlungsbeginn mit "wen es angeht" begründeten Pflichten sind der lockeren Beziehung entsprechend noch schwach.³³³ Hat allerdings ein umworbener Interessent eigens auf Grund einer irreführenden Reklame Aufwendungen getätigt, könnte er Ersatz beanspruchen. Wird die neue Ware unter dem Zeichen der alten Ware angeboten, hat aber der technische Fortschritt der Ware bestimmte andere Eigenschaften, etwa veränderte Maße verliehen, kann ein Anspruch wegen eines Verschuldens bei der Vertragsanbahnung gegeben sein. Das kann der Fall sein,

330 Erman, Beiträge zur Haftung für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen, AcP 274, 277, 280, 284

331 Ballerstedt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Vertreter, AcP, 151, 501, 506, 507

332 Lehmann, a. a. O., S. 1239

Erman, a. a. O., S. 319

333 Erman, a. a. O.

wenn der Abnehmer die neue Ware für die alte hält, er von der Existenz der neuen Ware nichts erfahren hat. Hat der Verbraucher infolge dieses irreführenden Werbeangebotes nämlich eine Komplementärware erworben, die zwar zu der alten, nicht aber zu der neuen Ware paßt³³⁴, ist ihm ein Schaden entstanden. Durch die Verwendung des Zeichens für ein anderes Handelsgut, das zwar nominell mit der alten Ware übereinstimmt, dieser gegenüber jedoch veränderte Eigenschaften aufweist, hat der Anbieter den Nachfrager in seinem Vertrauen verletzt. Derartige Haftungsfälle schließt eine Beachtung der in dieser Arbeit vorgeschlagenen Lösung weitgehend aus. Danach darf die Marke nicht für eine neue Ware eingesetzt werden, die sich durch ein wichtiges Merkmal, wie geänderter Abmessungen, von der alten Ware unterscheidet.

Für die Bedürfnisse des Wettbewerbsrecht und damit auch für eine werbende Benutzung eines Warenzeichens sind die Grundsätze der culpa in contrahendo mit einem besonderen Inhalt zu füllen. Unbestritten kann sich ein Zeichenverwender bei der in der Benutzung der Marke enthaltenen Werbeerklärung gegen eine Wettbewerbswidrigkeit nicht auf den öffentlichen Registereintrag berufen. Gleichwohl entspricht es nicht ohne weiteres unserem individual-

334 Denkbar sind bestimmte Zubehörstücke für eine Maschine

vertraglichen Schuldrechtssystem, in einer an eine unkontrollierbare Allgemeinheit adressierten Werbemaßnahme durch das Herausstellen eines Warenzeichens ein Verschulden bei Vertragsverhandlungen zu erblicken. Im Hinblick auf die unbekannte Vielzahl von Werbeempfängern erscheint es als schwierig, eine vertragliche oder auch nur eine vorvertragliche Beziehung zu erkennen.

Geht man von dem wettbewerbsrechtlichen Grundsatz aus, daß eine konkrete Täuschung der Verbrauchers (gemäß § 3 UWG) nicht erforderlich ist, vielmehr die abstrakte Gefahr einer Irreführung des Verkehrs genügt, so ist die Werbeerklärung bereits beim Vorliegen dieser Voraussetzung anzunehmen. Der Erkärende bahnt aus seiner Sicht (möglichst viele) Verträge an. Es mag dahinstehen, ob seine Werbeerklärung schon ein Vertragsangebot darstellt oder erst die Aufforderung zur Abgabe einer Offerte bildet. Für das Wettbewerbsrecht kommt es nicht darauf an. Auf jeden Fall soll die Werbeerklärung in rechtlich relevanter Weise Vertragsanbahnend und -fördernd auf den Geschäftswillen des Lesers einwirken. Der Empfänger ist ein interessierter nachfragender Marktpartner. Die Werbung hat somit einen rechtlichen Gehalt, der einen Schutz des sich in einer schwächeren Rechtsposition befindenen Empfängers verlangt. Die culpa in contrahendo wird wettbewerbsrechtlich zu einer culpa in declarando.

Der Beginn der lockeren Bindung zwischen dem Erklärenden und dem Empfänger kann in dem Zeitpunkt angenommen werden, in dem sich der Adressat gerade mit dieser Werbung befaßt und andere Angebote vernachlässigt.³³⁵ Interessiert sich der Verbraucher näher für die durch das Warenzeichen beworbene Ware, ist die beabsichtigte Werbewirkung eingetreten. Das Wettbewerbsrecht will ihn davor bewahren, sich auf Grund einer irreführenden Werbung dem Warenangebot zuzuwenden.

Die beiderseitigen Interessen sind mit Vorsicht gegeneinander abzuwägen. Wird dem Verbraucher statt der ihm bekannten und gewohnten Originalware unter dem bisherigen Warenzeichen eine Ersatzware angeboten, die zwar dem Warenverzeichnis der alten Ware zurechenbar ist, der Verbrauchererwartung auf Dauer jedoch nicht entspricht, kann das Anbringen eines Zusatzes zum Zeichen abhelfen. Der Unternehmer verwendet zulässig seine Marke, die für ihn einen redlich erworbenen Besitzstand mit einem Kapitalwert bildet. Es bietet sich der Aufdruck "neu" neben dem Zeichen an, der den Belangen beider Seiten genügt. Die Tradition verbindet sich mit dem Hinweis auf die Neuheit.³³⁶ Die Vertrauensfunktion des Zeichens dauert an. Sie steht unter der sichtbaren Zusatzbedingung einer Erneuerung der Ware durch ihre Anpassung an die Errungenschaften des technischen Fortschritts.

335 BGH - "Luxus-Ferienhäuser" - GRUR 1979, 553, 554

336 Vgl. dazu das Geleitwort in NJW 1947/48, S. 1, das den Zusatz "Neu" begründet

F. Schluß

Die Ergebnisse der Arbeit lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen das zu einer bestimmten Ware eingetragene Warenzeichen für die durch den technischen Fortschritt erzeugte neue Ware benutzt werden darf, kann nicht mit den Grundsätzen der Warengleichartigkeit beantwortet werden. Nicht das negative Verbotungsrecht ist erheblich. Es kommt auf den Umfang des positiven Benutzungsrechts an. Eine nominelle Gleichheit von alter und neuer Ware gestattet problemlos eine gleiche Markierung. Die Sprache hat einen Vorrang im Verhältnis zur Technik. Die Marke kennzeichnet die Ware; sie gibt ihr indes keinen materiellen Schutz.

Für eine Zurechenbarkeit der neuen Ware zum Warenverzeichnis der alten Ware ist ein auf einer Funktionsgleichheit und einem technischen Entwicklungszusammenhang zwischen beiden Waren beruhender zeichenrechtlicher Gleichwert entscheidend.

Aus dem Sortenschutzrecht läßt sich mittels Analogie der in verbleibenden Zweifelsfällen brauchbare Begriff des "wichtigen Unterscheidungsmerkmals" gewinnen. Dieser ist an den Besonderheiten des Zeichenrechts gegenüber dem Sortenschutzrecht auszurichten. Das kaufmännische aliud vermag

die "andere Ware" des Zeichenrechts, welcher der Schutz des Zeichens der alten Ware versagt ist, hingegen nicht zu definieren.

Eine rechtsvergleichende Betrachtung weist als eine Lösung de lege ferenda auf die Möglichkeit hin, das Warenzeichen nach Ablauf seiner Schutzdauer für die der alten ähnliche fortentwickelte Waren zu erneuern.

Eine Verwendung der bisherigen Marke für die neue Ware bildet eine Bevorzugung des Zeicheninhabers. Sie unterliegt einer gegenüber den Mitbewerbern als auch der Verbraucherschaft bestehenden sozialen Verpflichtung. Diese gebietet eine sachliche Ausübung des Ausschließlichkeitsrechts.

Literaturverzeichnis

Althammer, Werner

Warenzeichengesetz, 2. Auflage,
Köln-Berlin-Bonn-München 1979
zit.: Althammer

Aktiengesetz

Großkommentar, 3. Auflage, von
Carl Hans Barz, Herbert Bunner,
Ulrich Klug, Konrad Mellerowicz,
Joachim Mager-Landrut, Wolfgang
Schilling, Herbert Wiedemann und
Hans Würdinger, Berlin-New York 1973
zit.: Großkommentar

Ballerstedt, Kurt

Zur Haftung für culpa in contra-
hendo bei Geschäftsabschluß durch
Stellvertreter, in: Archiv für
civilistische Praxis 151 (1950/1),
S. 501 ff.

Baumbach, Adolf und Konrad Duden

Handelsgesetzbuch, 24. Auflage,
München 1980

Baumbach, Adolf und Hefermehl, Wolfgang

Warenzeichenrecht, 11. Auflage,
München 1979
zit.: Baumbach-Hefermehl

Baumbach, Adolf und Hefermehl, Wolfgang

Wettbewerbsrecht, 13. Auflage,
München 1981

Becker, Carl

Warenzeichengesetz, Berlin 1931

Benkard, Georg

Patentgesetz, 6. Auflage,
München 1973

Borck, Hans-Günther

Abermals UWG-"Reform"? in
WRP 1978, S. 333 ff.

- Brandenburg, Alois Gunter; Budner, Peter; Hetzler,
Hans Wilhelm und Schienstock,
Gerd
Die Innovationsentscheidung,
Göttingen 1975
- Brockhaus' Konversations-Lexikon, 14. Auflage,
Leipzig, Berlin und Wien 1895
- Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar,
begründet von Soergel, neu
herausgegeben von Siebert,
10. Auflage, Stuttgart, Berlin,
Mainz, Köln 1967
zit.: Soergel-Siebert
Soergel-Ballerstedt
- Busse, Rudolf
Patentgesetz, 3. Auflage,
Berlin 1964
- Busse, Rudolf
Warenzeichengesetz, 5. Auflage,
Berlin-New-York 1976
zit.: Busse
- Canaris, Claus-Wilhelm
Die Feststellung von Lücken im
Gesetz, Schriften zur Rechts-
theorie, Heft 3, Berlin 1964
- Canaris, Claus-Wilhelm
Systemdenken und Systembegriff
in der Jurisprudenz, Berlin 1969
- Coing, Helmut
Juristische Methodenlehre, Ber-
lin-New York 1972
- Das bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksich-
tigung der Rechtsprechung des Reichs-
gerichts und des Bundesgerichtshofs,
11. Auflage, 11. Band, 1. Teil,
Berlin 1959
- Der Seifenfabrikant
Zeitschrift für Seifen-, Kerzen-
und Parfümerie-Fabrikation sowie
verwandte Geschäftszweige, Berlin
Ausgaben 28. September und 5.
Oktober 1904

- Deutsches Wörterbuch von Jacob Grimm und Wilhelm Grimm, Leipzig 1956
zit.: Grimmsches Wörterbuch
- Dinné, Erlend °
Chemischer technischer Fortschritt, in: Mitt. 1973, S. 27 ff.
- Dölle, Hans
Juristische Entdeckungen, in: Verhandlungen des zweiundvierzigsten deutschen Juristentages, Band 11, B 1 ff.
- Dörschel, Alfons
Zur Pädagogik der Ware, in: Die Ware in Wirtschaft und Technik, Herne-Berlin 1969, S. 97 ff.
- Drews, Arthur
Lehrbuch der Logik, Berlin 1928
- Droste, Helmut und Reimer, Dietrich
Zur Reform des deutschen Warenzeichengesetzes, GRUR 1974, S. 636 ff.
- Engisch, Karl
Einführung in das juristische Denken, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1968
- Enneccerus, Ludwig
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Auflage, bearbeitet von ~~Hans-Carl~~ Nipperdey, Tübingen 1959
zit.: Enneccerus-Nipperdey
- Enneccerus, Ludwig und Lehmann, Heinrich
Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958
zit.: Enneccerus-Lehmann
- Erdmann, Benno
Logik. Logische Elementarlehre, 3. Auflage, Berlin und Leipzig 1923

- Esser, Josef
Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 3. Auflage, Frankfurt 1974
- Esser, Josef
Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt 1972
zit.: Esser
- Eyer, Eckhardt
Die Problematik der Rechtsprechung zur Warengleichartigkeit, in: BB 1970, S. 1283 ff.
- Eyer, Eckhardt
Warenzeichenrecht, 1. Auflage, München 1970
zit.: Eyer
- Finger, Chr.
Das Reichsgesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen, 3. Auflage, Berlin 1926
- Flaskämper, Paul
Allgemeine Statistik. Teil I, hamburg 1953
- Flessa, Richard
Die Aliudlieferung, in: MDR 1955, S. 138 ff.
- Frey, Bruno
Product und Process innovations in Economic Growth, Basel 1968
- Füchsel, Hans
Probleme des Bezugsrechtsausschlusses im deutschen Aktienrecht, in: BB. 1972, 1533 ff.
- Ein Waschmittel im Fortschritt der Technik, Henkel-Lehrschriften, Band 2, Düsseldorf 1932

Ein Waschmittel im Fortschritt der Wissenschaft,
Henkel-Lehrschriften, Band 2,
Düsseldorf 1938

Erman, Walter

Beiträge zur Haftung für das
Verhalten bei Vertragsverhand-
lungen, in: Archiv für civilis-
tische Praxis 139 (1934), S. 273 ff.

Gamm, Otto-Friedrich Frhr. v.

Der zeichenrechtliche Benutzungs-
zwang, Neuere Rechtsprechung und
Entwicklung, in: GRUR 1980, S. 390 ff.

Gamm, Otto-Friedrich Frhr. v.

Warenzeichengesetz, München und
Berlin 1965

George, Leopold

Die Logik der Wissenschaftslehre,
Berlin 1868

Gottschalk, Edzard

Die Bedeutung des Warenverzeich-
nisses und Grundsätze für seine
Abfassung in Warenzeichen-Anmel-
dungen, in: Festschrift zum 75jäh-
rigen Bestehen des Deutschen Pa-
tentamtes, Köln 1952, 281 ff.

Gröschler, A.

Deutsches Gütezeichen in weiterer
Entwicklung, in: GRUR 1956, S. 21 ff.

Gutenberg, Erich

Grundlagen der Betriebswirtschafts-
lehre, 2. Band, Der Absatz, Berlin
-Göttingen-Heidelberg 1955

Hagens, Alfred

Warenzeichenrecht, Kommentar Berlin
und Leipzig 1927

Hamann, Siegfried

Die Gütezeichen und ihre Funktionen,
in: GRUR 1953, S. 517 ff.

- Handelsgesetzbuch, Großkommentar, begründet von
Hermann Staub, 3. Auflage,
4. Band, Berlin 1970
- Hartgen, Wilhelm
Warenzeichengesetz, Kommentar,
Köln-Berlin-Bonn-München 1968
- Heck, Phillipp
Grundriß des Schuldrechts,
Tübingen 1929
- Heil, Gerhard
Die Ware und der Benutzungszwang
im Zeichenrecht, GRUR 1975, S. 155 ff.
- Heiseke, Jürgen
Einzelfragen zum Warenzeichen-
benutzungszwang, in: WRP 1976, 75 ff.
- Heiseke, Jürgen
6 Jahre effektiver Warenzeichen-
Benutzungszwang, in: WRP 1979, 87 ff.
- Heller, Theodor
Logik und Axiologie der analogen
Rechtsanwendung, Berlin 1961
- Herrfahrdt, Heinrich
Lücken im Recht, Dissertation,
Bonn 1915
- Herrschel, Wilhelm
Regeln der Technik, in NJW 1968,
S. 615 ff.
- Heydt, Ludwig
Anmerkung zum Urteil des BGH vom
17.11.1960, in: GRUR 1961, 184 ff.
- Heydt, Ludwig
Die warenzeichenrechtlichen Be-
stimmungen des dem Bundestag
vorliegenden Saatgut-Gesetz-
Entwurfs, in GRUR 1967, S. 452 ff.

- Hueck, Goetz
Der Grundsatz der gleichmäßigen
Behandlung im Privatrecht, Mün-
chen 1958
- Immenga, Ulrich; Mestmäcker, Ernst Joachim u.a.
Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen, Kommentar,
München 1981
- Kaufmann, Arthur
Analogie und "Natur der Sache",
Karlsruhe 1965
- Kaufmann, Heinz und Raustmann, Hans-Günther
Kommentar zum Gesetz gegen
Wettbewerbsbeschränkungen,
Köln 1958/72
zit.: Frankfurter Kommentar
- Klauer-Möhring
Patentrechtskommentar, Band I,
München 1971
- Klug, Ulrich
Juristische Logik, 3. Auflage,
Berlin-Heidelberg-New York 1966
- Kraft, Alfons
Verbraucherschutz im Markenrecht,
in: GRUR 1980, S. 416 ff.
- Kraft, Alfons
UWG-Reform zwischen Mitbewerber-,
Verbraucher- und Wettbewerbsschutz,
in: ZRP 1979, S. 161 ff.
- Kraßer, Rudolf und Gotzen, Marcel
Das Benelux-Warenzeichenrecht,
Weinheim 1973
- Kreuzer, Karl
Behördenbefugnisse in Unlauterkeits-
sachen? WRP 1979, S. 255 ff.

- Krieger, Albrecht
Das Warenzeichen als Eigentums-
recht im Sinne des Artikel 14
des Grundgesetzes, in: GRUR 1980
S. 335 ff.
- Krüger-Nieland, Gerda
Neue Beurteilungsmaßstäbe für
die Verwechslungsgefahr im
Warenzeichenrecht? in: GRUR 1980
S. 425 ff.
- Langen, Eugen
Kommentar zur Kartellgesetz,
Loseblattsammlung, 4. Auflage,
Düsseldorf ab 1966
- Larenz, Karl
Lehrbuch des Schuldrechts, zwei-
ter Band, Besonderer Teil, 12.
Auflage, München 1981
- Larenz, Karl
Methodenlehre der Rechtswissen-
schaft, 4. Auflage, Berlin-Hei-
delberg-New York 1979
zit.: Larenz
- Lauper, Jean-Pierre
Die rechtliche Ordnung des Indi-
vidualisierens und Kennzeichnens
von Dingen, Dissertation, Zürich 1958
- Lehmann, Michael
Die bürgerlichrechtliche Haftung
für Werbeangaben, in: NJW 1981, S. 1233 ff.
- Leibholz, G. und Rinck, H.J.
Grundgesetz, Köln 1966
- Leonhard, Franz
Besonderes Schuldrecht des BGB
2. Band, München und Leipzig 1931

Lepsius, Rainer

Soziale Konsequenzen von technischen Fortschritten, in: Wirtschaftliche Auswirkungen des technischen Fortschritts, herausgegeben vom Verein Deutscher Ingenieure, Düsseldorf 1971, S. 43 ff.

Leßmann, Herbert

Der Schutz von Pflanzenzüchtungen im deutschen Recht, in: DB 1980, S. 577 ff.

Lindenmaier, Fritz

Das Patentgesetz, 6. Auflage, herausgegeben von Ulrich Weiss, Köln-Berlin-Bonn-München 1973

Klemens Merck's Warenlexikon

für Handel, Industrie und Gewerbe, herausgegeben von Carl Birnbaum u.a., 3 Auflage, Leipzig 1882

Mellerowicz, Konrad

Markenartikel, 2. Auflage, München und Berlin 1963

Miosga, Willy

Benutzungszwang für Warenzeichen, München 1972

Miosga, Willy

Die Werkstoffmarke an der Fertigware (Begleitende Marke), in: Mitt. 1964, S. 1 ff.

Miosga, Willy

Die Zeichenbenutzungsschonfrist, in: Mitt. 1970, S. 6 ff.

Mühl

Grundlage und Grenzen des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses, in: NJW 1960, S. 1133 ff.

- Mühl
Treu und Glauben im Sachenrecht,
in: NJW 1956, S. 1659 ff.
- Müller, Heinz; Gries, Gerhard und Gießler, Peter
Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2. Auflage,
Frankfurt 1978/79
- Müller-Henneberg, Hans und Schwartz, Gustav
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 11. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 1963
zit.: Gemeinschaftskommentar
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Redakteur: Harm Peter Westermann,
Band 3, München 1980
- Munzinger, Helmut
Warenbegriffe in der Benutzungsprüfung, in: Mitt. 1972, S. 181 ff.
- Nicklisch, Fritz
Das Gütezeichen, Stuttgart 1963
- Nickusch, Karl-Otto
Die Normativfunktion technischer Ausschüsse und Verbände als Problem der staatlichen Rechtsquellenlehre, Dissertation, München 1964
- Nickusch, Karl-Otto
§ 330 StGB als Beispiel für eine unzulässige Verweisung auf die Regeln der Technik, in: NJW 1967, S. 811 ff.
- Ott, Alfred
Zur ökonomischen Theorie des technischen Fortschritts, in: Wirtschaftliche und gesellschaftliche Auswirkungen des technischen Fortschritts, herausgegeben vom Verein Deutscher Ingenieure, Düsseldorf 1971, S. 8 ff.

